Das Vorbenutzungsrecht
im Verhältnis zum Patentrechte, insbesondere seine Verknüpfung mit dem Betriebe.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Juristischen Doktorwürde

der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Vereinigten Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

vorgelegt

von

A. R. Görg

Referendar aus Halle a. d. S.

am 18. Mai 1916.

Halle a. d. S.

Buchdruckerei des Waisenhauses.

1916.

Referent: Professor Dr. Rehme.

Dem Andenken

meines unvergeßlichen Lehrers und Freundes

Professor Dr. Horst Krahmer

gewidmet

vom Verfasser.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546028_0110

Stoffeinteilung.

Seite

§ 1. Grundsätzliches über das Verhältnis des Patentrechtes zum Vorbenutzungsrecht. (Systematische Herausstellung der Aufgabe dieser Arbeit.) 7

§ 2. Erfindungsbesitz 12

§ 3. Unterschied von der Lizenz 13

§ 4. Erfindungsbenutzung 15

§ 5. Unvollendete Benutzung 19

§ 6. Offenkundige Benutzung 21

§ 7. Vorbenutzung als absolutes Recht 22

§ 8. Gewerbsmäßigkeit der Vorbenutzung 24

§ 9. Der Betrieb als Grundlage des Vorbenutzungsrechts 28

§ 10. Art der Fortbenutzung 31

§ 11. Beschränkung der freien Übertragbarkeit 34

§ 12. Veräußerung von Teilbetrieben 36

§ 13. Pfandrecht am Vorbenutzungsrecht und andere Übertragungsmöglichkeiten 37

§ 14. Stillschweigende Mitübertragung des Rechtes 39

§ 15. Erlöschen des Vorbenutzungsrechts 40

Literatur.

Kohler, Handbuch des deutschen Patentrechts 1900 (Hdb.).

Kohler, Lehrbuch des Patentrechts 1908 (Lhrb.).

Seligsohn, Patentgesetz und Gebrauchsmusterschutz, 2. Auflage 1912.

Isay, Patentgesetz und Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern, 2. Auflage 1911.

Damme, Das deutsche Patentrecht, 2. Auflage 1911.

Ephraim, Deutsches Patentrecht für Chemiker 1907.

Schanze, Patentrechtliche Untersuchungen 1901 (PU.).

Kent, Das Patentgesetz 1906.

Allfeld, Grundriß des gewerblichen Rechtsschutzes 1910.

Robolski, H., Das Patentgesetz vom 7. April 1891, 3. Auflage 1908.

Cantor, Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern vom 1. Juni 1891.

Kaiser, Das deutsche Patentrecht vom 7. April 1891, 1907.

Sack, Otto, Patentwesen, Muster- und Zeichenwesen 1897.

Osterrieth, Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes 1907.

von Rohrscheidt, Gewerbeordnung, 2. Auflage 1912.

Dunkhase, Beiträge zum Patentrecht IV. Der Patentschutz 1914.

Grünhuts Zeitschrift für privates und öffentliches Recht.

Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen (PMZBl.).

Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz (GR.).

Juristische Wochenschrift (JW.).

Zeitschrift des Vereins deutscher Ingenieure (Zeitschr. d. V. d. J.).

Zeitschrift für Industrierecht (Zeitschr. f. J.).

Patentgesetz

vom 7. April 1891.

§ 5.

Abs. 1.

Die Wirkung des Patentes tritt gegen denjenigen nicht ein, welcher zur Zeit der Anmeldung bereits im Inlande die Erfindung in Benutzung genommen, oder die zur Benutzung erforderlichen Veranstaltungen getroffen hatte. Derselbe ist befugt, die Erfindung für die Bedürfnisse seines eigenen Betriebes in eigenen oder fremden Werkstätten auszunutzen. Diese Befugnis kann nur zusammen mit dem Betriebe vererbt oder veräußert werden.

---

§ 1.

Grundsätzliches über das Verhältnis des Patentrechts zum Vorbenutzungsrecht.

(Systematische Herausstellung der Aufgabe dieser Arbeit.)

Insoweit das „geistige Eigentum", der Erfindungsgedanke, rechtlichen Schutz genießt, ist er selbst ein Rechtsobjekt geworden und neben die materiellen Güter als neues immaterielles, d. h. nicht körperliches Gut getreten, auf das die Gesetzgebung subjektive Rechte anerkannt hat.[1])

Der gewerbliche Rechtsschutz insbesondere, den das Patentrecht zum Gegenstand hat, soll grundsätzlich dem geistigen Urheber eines Werkes

1) Vgl. Kohler, Hdb. § 20 S. 55: Das Recht des Erfinders an der Erfindung ist Immaterialgüterrecht, d. h. ein Recht an einem nicht körperlichen Genußgute der Menschheit, und dies Recht geht dahin, daß der Berechtigte allein die Befugnis hat, dieses Genußgut nach gewissen Richtungen hin zu benutzen und zu verwerten.

die Früchte seiner Arbeit sichern, indem es ihm für eine gewisse Spanne Zeit die alleinige Ausbeutung seiner Geistesarbeit verbürgt und jeden andern von der gewerblichen Nachahmung wider seinen Willen ausschließt. Grundsätzlich und eigentlich soll und will also dieses Recht aus dem Patente den tatsächlichen Erfinder selbst schützen, der durch seine Schöpfung den Besitz der Menschheit vermehrt hat. In seiner technischen Ausgestaltung im deutschen Patentgesetze aber erlangt zunächst keineswegs der Erfinder als solcher, sondern der erste Anmelder der Erfindung beim Patentamte das Schutzrecht. Darin erscheint ein gewisser Widerspruch: Das Patentgesetz will den Erfinder schützen, erteilt den Schutz jedoch dem ersten Anmelder, ohne zu prüfen, ob er auch der Erfinder ist.

Ihm „gilt" nach der gesetzlichen Regel ausschließlich als Erfinder, wer zuerst anmeldet.[1])

Damit muß das geltende deutsche Patentgesetz dem Erfinder und seinen etwaigen grundsätzlichen Rechten Abbruch tun. Gleichwohl läßt auch die technische Einkleidung des Gedankens des Erfinderschutzrechtes den eingangs genannten Grundsatz des Rechtsschutzes des Erfindungsgedankens als für diesen geltendes Gesetz grundlegend erkennen:

Ein Anspruch findet dann nicht statt, wenn der wesentliche Inhalt der Anmeldung den Einrichtungen eines andern ohne dessen Einwilligung entnommen und von diesem Einspruch erhoben ist. Und ferner gibt das Gesetz auch, wenn mehrere die gleiche[2]) gewerbliche Erfindung gemacht haben, zwar dem ersten Anmelder dieser Erfindung das Patentrecht, jedoch nicht mit ausschließlicher Wirkung auch gegenüber den andern Erfindern, diesen vielmehr ein besonderes Recht, das Vorbenutzungsrecht, das ihnen

---

1) Vgl. RG. i. Z. Bd 77 S. 81 ff., ferner RG. i. Z. v. 14. 3. 03, i. PMZ.-Bl. 1904. JW. 1911 S. 374 Nr. 41. Mit dem Augenblicke der Patentanmeldung würde ein etwaiges Erfinderrecht nach der gesetzlichen Regel, daß der Anmelder als Erfinder gilt, die Hauptbedeutung verlieren.

2) RG. i. Str. Bd. 16 S. 413 verlangt zur Anwendung des § 5 PG. keine völlige Identität einer Erfindung mit der patentierten, sondern läßt schon eine wesentliche Übereinstimmung genügen. Zu der Übereinstimmung der Erfindungen bemerkt ferner Isay § 5 Anm. 2 S. 221: Voraussetzung für den Erwerb des Vorbenutzungsrechts ist zunächst der Besitz der Erfindung, die durch das Patent geschützt ist. Da es sich hier um eine Beschränkung des Patentschutzes handelt, so kommt nicht nur die Erfindung in Betracht, die Gegenstand des Patentes ist, also mit dem Patentanspruch übereinstimmt, vielmehr jede Erfindung, die nach den in § 4 Anm. 8 ff. entwickelten Grundsätzen den Schutz des Patentes genießt.

die Fortbenutzung ihrer Erfindung unter Umständen gegen die ausschließende Wirkung des Patentes eines andern gewährt.

Hierin liegt der Anlaß zu rechtlichen Verwicklungen und Meinungsverschiedenheiten, und zwar um so mehr, als die Brauchbarkeit, die gewerbliche Verwertbarkeit der Erfindung, noch zum Tatbestande für das gewerbliche Erfinderrecht, sowohl Patentrecht, wie auch Vorbenutzungsrecht, gehört.

Die Ausnahmestellung des Vorbenutzungsrechtes durfte zwar nicht zu einer völligen Entwertung des Patentschutzes gegenüber dem Anmelder führen, sondern mußte zur Wahrung der rechtlich geschützten Belange (Interessen) dieses Anmelders in fest umrissenen Grenzen gehalten werden. Es war Aufgabe des Gesetzgebers, die Grenzlinie zwischen dem grundsätzlichen Rechte des wirklichen Erfinders und dem gesetzten bzw. zu setzenden Rechte des Anmelders, also dem Rechte aus dem von der Staatsgewalt erteilten Patente, dergestalt zu ziehen, daß beide möglichst ohne Reibung und so nebeneinander bestehen konnten, daß dem Grundgedanken beider Rechtseinrichtungen Rechnung getragen wurde. Beide, Patentrecht wie Vorbenutzungsrecht, haben also als gemeinsame Wurzel die grundsätzliche Anerkennung des Erfinderrechts. Die völlige und uneingeschränkte Ausschließlichkeit des gesetzlichen Patentrechtes hätte zu einer Vernichtung des Rechtes eines etwaigen andern, aber nicht anmeldenden Erfinders führen müssen, wenn dieser nicht von der Ausschließlichkeit ausgenommen und ihm nicht eine Sonderbefugnis zuerkannt worden wäre. Dieses Vorzugsrecht durfte in seiner Ausgestaltung wiederum nur so weit gehen, daß der Zweck des Patentrechtes, der wirksame Schutz der Erfindung gegenüber allen andern, nicht gefährdet oder gar vereitelt wurde.

Diese Regelung des Verhältnisses zwischen mehreren Erfindern bzw. zwischen Erfinder und Anmelder ist in dem § 5 Abs. 1 des Patentgesetzes vom 7. April 1891 enthalten, welcher lautet: „Die Wirkung des Patentes tritt gegen denjenigen nicht ein, welcher zur Zeit der Anmeldung bereits im Inlande die Erfindung in Benutzung genommen, oder die zur Benutzung erforderlichen Veranstaltungen getroffen hatte. Derselbe ist befugt, die Erfindung für die Bedürfnisse seines eigenen Betriebes in eigenen oder fremden Werkstätten auszunutzen. Diese Befugnis kann nur zusammen mit dem Betriebe vererbt oder veräußert werden."

Damit ist das Vorbenutzungsrecht jedes wirklichen Erfinders gesetzlich zugleich anerkannt, festgelegt und begrenzt. Mit dem gesetzlichen

Patentrechte zugleich ist das gesetzlich geschützte Vorbenutzungsrecht geboren und es begleitet das Patentrecht während dessen Lebensdauer als sein Reflex.

Der Gedanke des Vorbenutzungsrechts tauchte zuerst im Jahre 1872 in einem vom Verein deutscher Ingenieure vorgelegten Entwurfe zu einem Reichspatentgesetze auf, der im § 2 unter anderm folgende Bestimmung enthielt: „Die geheime Benutzung einer Entdeckung oder Erfindung ist dagegen kein Patenthindernis, gewährt aber das Recht, die bisherige Benutzung in früherer Weise fortzuführen.“[1]) Die heutige Fassung des § 5 Abs. 1 S. 1 PG. ist aus dem § 5 des Gesetzes von 1877 entnommen, welcher lautete: „Die Wirkung des Patentes tritt gegen denjenigen nicht ein, der zur Zeit der Anmeldung bereits im Inlande die Erfindung in Benutzung genommen oder die zur Benutzung erforderlichen Veranstaltungen getroffen hatte.“ Diese Fassung ist auf einen Beschluß der Reichstagskommission[2]) zurückzuführen, deren leitende Gesichtspunkte in einer Reichsgerichtsentscheidung[3]) folgendermaßen treffend dargelegt sind.

„Die Kommission hat ebenso, wie sie dem Besitzer das Recht eines redlichen Unternehmers und Erfinders schützen und den Anreiz zur Einreichung unreifer und leichtfertiger Patentgesuche nicht verstärken will, auch keineswegs die Absicht gehabt, durch erworbene Patentrechte grundsätzliche Belange (Interessen) unnötigerweise einzuschränken. In dieser Äußerung tritt der Gesichtspunkt des Schutzes eines bestehenden gewerblichen Besitzstandes klar zutage. Die Kommission beschloß dem Entwurfe die Worte hinzuzufügen: „oder die zur Benutzung erforderlichen Veranstaltungen getroffen hatte“. Dazu wird bemerkt: Es wäre unbillig und namentlich dem Erfinder gegenüber, der Kraft, Zeit und Kapital für die Erfindung aufwandte, eine ungerechtfertigte Härte, wenn in solchen Fällen aus dem Grunde, daß zufällig die Erfindung noch nicht ausgeführt und in Anwendung gebracht wurde, das Recht zur Benutzung entzogen werden sollte.

Hieraus ergibt sich der Gedanke, daß Kraft, Zeit und Kapital auf bestehende Anlagen, die entweder die Erfindung bereits verwerten oder, wo der ernstliche Wille sie zu verwerten durch Veranstaltungen zur Be-

1) Zeitschr. d. V. d. J. Bd. XVI S. 330 f., Bd. XX S. 758.

2) Bericht d. 11. Kommission Drucks. d. Reichstages 90/91 Nr. 322 S. 2130.

3) RG. i. Z. vom 25. 2. 1911 Bd. 75 S. 317 ff., JW. 1911 S. 410 Nr. 32.

nutzung betätigt worden ist, nicht umsonst aufgewendet seien und daß ein solcher Besitzstand nicht durch die Patentanmeldung eines andern entwertet werden soll."

Das Recht des Vorbenutzers zur unbehinderten Fortbenutzung seiner Erfindung trotz der Ausschlußwirkung eines inzwischen erteilten Patentes entspringt zwar nicht, wie Kohler meint,[1]) der Besitzidee und soll den bestehenden Besitzstand dem Patent gegenüber erhalten, wohl aber der rechtlichen Besitzschutzidee insofern, als durch die Zubilligung des juristischen Besitzschutzes auch bereits ein Dritte ausschließender Rechtszustand getroffen oder doch anerkannt wird.

Der Erfinder als solcher hat, solange noch kein Patent besteht, an seiner Erfindung zwar ein Individualrecht,[2]) aber noch kein patentgesetzlich geschütztes und ausschließliches Besitzrecht. Solange kein ausschließendes Patentrecht in die Freiheit seines Gewerbes eingreift, ist auch ein besonderer Schutz[3]) für dies sein Individualrecht nicht vonnöten. Gegen Entwendungen deckten ihn die Bestimmungen gegen unerlaubte Handlungen.[4]) Allein in dem Augenblicke, wo das Patent eines andern

---

1) Kohler, Hdb. S. 468 § 183.

2) Vgl. RG. in JW. 96 S. 192: Es ist angenommen und daran ist festzuhalten, daß an der Erfindung schon vor der Anmeldung zum Patente ein Recht besteht. Dies mittelbar durch mehrere Vorschriften des PG. selbst (§§ 3, I, 5, I, 10, I, 3) anerkannte Recht ist auch der Ausübung nach übertragbar und die Übertragung vollzieht sich durch den Abschluß eines darauf gerichteten Vertrages, RG. Bd. 52 S. 231. Man kann das Erfinderrecht als schon vor der Anmeldung bestehend anerkennen und ihm wenigstens für einen Teil seiner Gegenstände Individualcharakter beimessen.

3) Vgl. RG. in JW. 1892 S. 316: Die Annahme, daß aus Rechten an der Erfindung nur diejenigen Ansprüche hergeleitet werden können, die durch die Patentgesetzgebung ausdrücklich vorgesehen sind, ist unhaltbar, es ist vielmehr in Gemäßheit des Art. 12, 4 Nr. 5 der Reichsverfassung der Satz aufzustellen, daß die in Ansehung der Rechte an Erfindungen in Betracht kommenden Vorschriften des bürgerlichen Rechtes durch die Reichspatentgesetzgebung nur so weit berührt sind, als die beiderseitigen Bestimmungen nicht nebeneinander bestehen können.

4) Vgl. RG. i. Z. Bd. 29 S. 49, JW. 96 S. 36 Nr. 28, 29: Diese Entscheidung betrifft das Verhältnis des Erfinders zum Patentinhaber und betont, daß nach bürgerlichen Rechten schon das Recht der Erfindung geschützt ist als Vermögenswert und Rechtsgut (ebenso RG. 37[41]), wo ausgeführt ist, daß nach § 3 II und § 5 des alten und neuen Gesetzes der Erfinder, dessen Erfolg von einem andern ohne seine Einwilligung zur Patentanmeldung be-

Erfinders ihm in den Weg tritt, da könnte neben diesem, falls es uneingeschränkten Rechtsschutz genießen sollte, kein selbständig koexistierendes Erfinderrecht mehr bestehen und er bedarf daher gegen die Alleinherrschaft des Patentes gemäß § 4 PG. eines positivrechtlichen Schutzes. Diesen findet er in der Bestimmung des § 5 Abs. 1, der ihm auf Grund seines Besitzes das Recht zur ferneren Benutzung seiner Erfindung sichert.

In welcher Weise dieses gesetzlich gewährleistete Fortbenutzungsrecht und das Patentrecht einander beeinflussen und sich zueinander verhalten, ist nun im folgenden zu untersuchen.

§ 2.

Erfindungsbesitz.

Der Erfindungsbesitz ist ein Besitz eigener Art, nicht ein solcher im Sinne des BGB., denn einen Besitz im Sinne einer Beziehung des Rechtssubjektes zu einem der Körperwelt angehörenden Rechtsgute gibt es nicht im Gebiete des Patent- und Erfinderrechtes.[1]) Wie aber der Besitz des BGB. die tatsächliche Gewalt, das Herrschaftsverhältnis zu einem Gegenstande bedeutet, so der Erfindungsbesitz die tatsächlich und rechtlich geschützte Befugnis, die Erfindung in die Wirklichkeit umzusetzen und auszunutzen.

Die tatsächlichen Voraussetzungen dieses rechtlich anerkannten Erfindungsbesitzes sind daher genau festzustellen. Es ist neben dem Vorliegen einer Erfindung zum Erwerbe des Vorbenutzungsrechtes vor allem erforderlich, daß der Erfindungsbesitzer seine Erfindung erkennt, d. h. Klarheit hat über den ursächlichen Zusammenhang zwischen Tun und Wirkung, mit anderen Worten, daß er imstande ist, den Erfolg herbeizuführen und beliebig oft zu wiederholen. Dazu bedarf es keiner wissenschaftlichen Erkenntnis der Erfindung, vielmehr genügt schon eine rein erfahrungsmäßige;[2]) der Erfinder braucht weder die im Verfahren oder

---

nutzt ist, nicht auf die Nichtigkeitserklärung beschränkt ist (§ 10 Ziff. 2 Ges. 7, § 10 III 91), sondern, daß er alle weiteren Ansprüche hat, die nach bürgerlichem Rechte sich aus der widerrechtlichen Benutzung der Erfindung ergeben.

1) Kohler, Handbuch § 25 S. 70, sagt: Das Patentgut berührt Zeit und Raum, es berührt sie aber nicht als etwas Körperliches, sondern nur als etwas in der Welt der Erscheinung Wirkendes.

2) Kohler, Hdb. S. 206 § 81, Isay 221. Zoll i. Grünhut XXI S. 560 ff.

in der Benutzung der Sache waltenden Kräfte wissenschaftlich zu zergliedern, noch auch nur zu erkennen. Gänzlich belanglos ist ferner die Kenntnis von der Patentfähigkeit oder der Rentabilität der Erfindung.[1])

Von Wichtigkeit ist dagegen das Vorliegen einer fertigen, d. i. vollendeten Erfindung. Solange es sich lediglich um Versuche handelt, die noch zu keinem Abschlusse geführt haben, liegt noch kein „Besitz" an der Erfindung vor,[2]) denn es fehlt noch die tatsächliche Möglichkeit, die Erfindung in die Wirklichkeit umzusetzen und den Erfolg zu wiederholen. Die Erfindung ist die Aufstellung einer Regel, bei deren Anwendung der Erfolg stets eintreten muß. Ist dies nicht der Fall, so ist die Erfindung noch nicht fertig. Diesem Mangel vermag auch keine Hinterlegung einer schriftlichen Beschreibung mit Erfolgsproben einer Erfindung, die noch nicht zur vollen Benutzungsmöglichkeit durchgebildet ist, abzuhelfen und einem etwaigen Patent gegenüber ein Vorbenutzungsrecht zu sichern.[3]) Durch eine Hinterlegung kann im Gegenteil mitunter bewiesen werden, daß der Hinterleger seine Erfindung noch nicht für patentreif hielt, ihm also noch die erste Grundbedingung, der Besitz der fertigen Erfindung, und damit das Vorbenutzungsrecht fehlte.

§ 3.

Unterschied von der Lizenz.

Das Recht aus § 5 PG., das den bisherigen Benutzer auch nach der Patenterteilung zur Fortbenutzung der Erfindung berechtigt und so ein Sonderrecht neben dem Patent schafft, könnte zunächst als eine gesetzliche Lizenz angesprochen werden. Diese Ansicht vertritt auch Kohler,[4])

1) Dunkhase S. 75: Ob der Benutzer die Erfindung für patentfähig gehalten, und ob er die wissenschaftliche Erkenntnis der in ihrer Wirkung erkannten Erfindung besessen hat, ist ohne Bedeutung. Vgl. auch RG. i. Z. v. 14. 1. 93 Bd. 30 S. 64, JW. 93 S. 102 Nr. 28.

2) Vgl. Isay S. 221; Kohler, Hdb. S. 50 § 20; Ephraim S. 434.

3) Vgl. Isay S. 221. Auch Ephraim S. 434 hält eine solche Hinterlegung für nützlich, aber ebenfalls nicht für rechtsbegründend.

4) Kohler, Hdb. S. 470 § 183. Es ist Damme (S. 356) beizupflichten, der diese Auffassung ablehnt und dazu ausführt: Kohler hat irrtümlich das Recht des Vorbenutzers als eine gesetzliche Lizenz bezeichnet, obwohl die Lizenz begrifflich die Vollwirkung des Patentes gegen den Lizenznehmer zur Voraussetzung hat.

jedoch meines Erachtens zu Unrecht. Das Vorbenutzungsrecht bildet zwar wie die Lizenz eine Ausnahme der Patentwirkung und ist, wie Robolski sagt,[1]) dieser ähnlich, aber es ist im Gegensatz zur Lizenz ein vom Patente unabhängiges, originäres selbständiges Recht, das gleichzeitig mit dem Patente in Kraft tritt und unabhängig neben ihm, nicht von ihm abgeleitet unter ihm steht. Die Ausschlußwirkung des Patentes, die gegen jedermann eintritt, wird für den Lizenznehmer durch späteren Vertrag aufgehoben (der Erfindungsbesitz ihm also erst *verschafft*), für den Vorbenutzer tritt sie von vornherein gar nicht erst ein (sein Besitz wird also nicht *gestört*). Ihn verstrickt das Patent nicht, da es überhaupt nur in dem durch das Einzelrecht des Vorbenutzers beschränkten Umfange entsteht.[2]) Der Unterschied zwischen Lizenz und Vorbenutzungsrecht tritt auch deutlich in dem Besitzverhältnis zutage. Während es sich bei der Lizenz infolge ihres vertraglichen Charakters um denselben Erfindungsbesitz handelt, wie beim Patente, und der Besitz des Lizenzinhabers erst von dem des Patentinhabers abgeleitet ist, muß der Erfindungsbesitz des Vorbenutzers ein selbständiger, vom Patente unabhängiger sein, wie dies gerade bei der sogenannten Doppelerfindung der Fall ist.[3]) Wenn der eine Besitz sich vom andern herleitet, so kann zwar ebenfalls ein Fortbenutzungsrecht sehr wohl möglich sein, allein nicht auf Grund von § 5 PG., sondern aus Vertrag oder Entwendung.[4]) Für

1) Robolski, PG. § 5 S. 45: Das dem Patentrecht gegenüberstehende Recht des Vorbenutzers ist der patentrechtlichen Lizenz ähnlich und hat wie diese quasi dinglichen Charakter.

2) Vgl. RG. i. Z. Bd. 78 S. 365 ff.

3) Vgl. RG. i. JW. 96 S. 360 Nr. 30, RG. i. Z. Bd. 528, 91.

4) Derselben Ansicht Isay 223, anderer Ansicht Kohler, Hdb. 471, der das Recht des Verletzten als Vorbenutzungsrecht aus § 5 ansieht, ebenso Schanze S. 213. Dunkhase (S. 78) fordert nicht die Unabhängigkeit, sondern vor allem die Rechtmäßigkeit des Besitzes, er sagt: Jeder Gewerbetreibende ist befugt, dasjenige, was ihm von anderer Seite in unverbindlicher Form bekannt wird, in seinem Gewerbe zu verwerten. Unrechtmäßig ist die Benutzung nur dann, wenn der Gewerbetreibende sich die Kenntnis auf unrechtmäßige Weise erschlichen hat, oder wenn er bei einer Mitteilung der Erfindung aus den Umständen, unter denen die Mitteilung an ihn erfolgte, entnehmen mußte, daß ihm die Benutzung der Erfindung nicht freigegeben sei. Schreitet hier der Gewerbetreibende dennoch zur Benutzung, so kann er dadurch kein Vorbenutzungsrecht begründen, denn aus einem unrechtmäßigen Verhalten kann er keine Rechte ableiten.

Für die Frage, ob eine unrechtmäßige Benutzung vorliegt, kommt hiernach allein die Person des Benutzers in Betracht. Hat also ein gutgläubiger

das Vorbenutzungsrecht ist selbständig im § 5 das Vorhandensein mindestens von Veranstaltungen zur Benutzung der Erfindung vorgeschrieben; für das Fortbenutzungsrecht auf Grund von Vertrag oder Entwendung ist dagegen das Vorhandensein von solchen Veranstaltungen nicht erforderlich, sondern eben nur das Vorhandensein des Grundrechtes, von dem das Fortbenutzungsrecht sich ableitet.

§ 4.

Erfindungsbenutzung.

Das Vorbenutzungsrecht soll den Besitzstand schützen. Dieser beruht nicht schon auf dem bloß geistigen Besitz einer Erfindung, sondern auf dem in der Benutzung betätigten Gebrauchsbesitz.[1]) Nicht schon die Möglichkeit, die ersonnene Erfindung auszuführen, die nur erdachte Idee, sondern die bereits vor der Patentanmeldung begonnene Inbenutzungnahme der Erfindung berechtigt zur ferneren Benutzung, trotz der Ausschließlichkeit eines inzwischen erteilten Patentes.

Was ist nun unter dem Begriff des „Inbenutzungnehmens" zu verstehen? Ohne Zweifel fällt hierunter die Anwendung eines Verfahrens oder die Herstellung eines Erzeugnisses, also 1. Gebrauch und 2. Herstellung eines Erfindungsgegenstandes. Mit Recht ist aber wohl anzunehmen, daß nicht nur diese beiden Arten der Nutzbarmachung der Erfindung darunter zu verstehen sind, sondern überhaupt jede der Arten der Benutzung, welche der § 4 dem Patentinhaber gewährt, also nicht nur die Herstellung des Erfindungsgegenstandes und sein Gebrauch, sondern auch 3. das Inverkehrbringen desselben und 4. seine Feilhaltung, denn da der § 5 die Wirkung des Patentes dem Vorbenutzer gegenüber aufhebt, die darin besteht, daß der Patentinhaber ausschließlich befugt ist, gewerbsmäßig den Gegenstand seiner Erfindung auf die oben genannten vier Arten zu benutzen, so ergibt sich schon aus dem Zusammen-

---

Dritter von der Erfindung dadurch Kenntnis erlangt, daß bei der Mitteilung an ihn eine Geheimhaltungspflicht verletzt wurde, und nimmt nunmehr der Dritte gutgläubig die Erfindung in Benutzung, so wird damit ein Vorbenutzungsrecht für ihn begründet.

1) Vgl. RG. i. Z. Bd. 45 S. 117 ff., JW. 08 S. 247 Nr. 22, wo unter anderem gesagt wird: Das Vorbenutzungsrecht ist nicht die Folge des subjektiven Erfinderrechts, sondern beruht auf dem in der Benutzung betätigten Besitze der Erfindung.

hange der §§ 4 und 5, der noch durch die Strafbestimmungen der §§ 35, 36 besonders hervorgehoben ist, daß unter „in Benutzung nehmen" jede der vier Tätigkeiten des § 4 zu verstehen ist, und daß jede einzelne von ihnen dem wirklichen Erfinder auch das Vorbenutzungsrecht in ganzem Umfange sichert. Diese Ansicht von Isay, Seligsohn und andern[1]) wird auch vom Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen[2]) anerkannt, während dagegen Kohler, Schanze und Osterrieth[3]) unter Inverkehrbringen und Feilhalten keine zum Erwerbe des Vorbenutzungsrechts ausreichende Benutzung erblicken wollen. Wenn Kohler seine Meinung mit dem Hinweis darauf begründet, daß es nicht im Sinne des Gesetzes liege, die neu auftauchende inländische Erzeugung dem bisher betriebenen Auslandshandel zu opfern, so widerspricht das dem Grundsatze der zwischenstaatlichen Gegenseitigkeit,[4]) die dem modernen Wirtschaftsleben und

---

1) Isay 224, Seligsohn Anm. 5 zu § 5, Ephraim 435, Kent Anm. 43 zu § 5.

2) So RG. i. Str. Bd. 5 S. 365, Bd. 27 S. 51; RG. i. Z. Bd. 26 S. 64, Bd. 56 S. 223; PMZBl. 04 Urt. v. 14. 12. 03.

Die Entscheidung des RG. i. Z. Bd. 80 S. 15 führt dazu aus: Es ist auch nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber mit dem Ausdruck „Inbenutzungnehmen" in § 5 einen anderen Sinn hätte verknüpfen wollen, als in den §§ 35, 36. Daß aber letztere Vorschriften sich auch auf das „Inverkehrbringen und Feilhalten" der Produkte eines Verfahrenspatentes beziehen, kann nicht bezweifelt werden.

In diesem Sinn hat sich auch das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen. Im U. d. I. Str. S. v. 25. 2. 95 (RG. i. Str. Bd. 27 S. 52) wird der Begriff des „Inbenutzungnehmens" dahin festgestellt, daß der Täter dasjenige ausgeführt haben muß, was nach § 4 dem Patentinhaber vorbehalten und jedem andern verboten ist, nämlich gewerbsmäßig Herstellen, Inverkehrbringen, Feilhalten oder Gebrauchen.

Im Urteile des erk. Senats vom 14. 12. 03 (RG. 56[228]) wird ausgeführt, eine Benutzung, die zum Erwerbe des in § 5 Abs. 1 PG. bezeichneten Rechtes genüge, könne durch jede der Handlungen geschehen, zu denen nach § 4 der Pateninhaber ausschließlich befugt sei.

3) Kohler, Hdb. S. 474; Schanze, PU. 240; Osterrieth S. 105; Allfeld S. 41 § 10 versteht unter Benutzung allein die im technischen Sinne und gibt das Vorbenutzungsrecht nur dem, der früher schon die Erfindung hergestellt oder gebraucht hatte. Er gestattet jedoch den späteren Übergang auch zum Feilhalten und Inverkehrbringen.

4) Hierzu sagt EG. Bd. 80 S. 15 ff.: Kohler (Hdb. S. 474) behauptet: § 5 Abs. 1 enthalte nur Herstellungs- und Gebrauchslizenz, nicht Einführungslizenz und wolle nicht die neu auftauchende inländische Produktion dem alten Auslandshandel opfern. Dieser wirtschaftliche Gesichtspunkt ist für

jeglichen patentrechtlichen Beziehungen der verschiedenen Staaten untereinander zugrunde liegen und auch nach dem jetzigen Weltkriege voraussichtlich wieder liegen werden. Es muß also die Einfuhr von Erzeugnissen, die im Auslande auf Grund einer Erfindung hergestellt sind,[1]) als eine Benutzung der Erfindung im Inlande angesehen werden. Außerdem können hierbei sehr wohl solche Erzeugnisse des Auslandes in Frage kommen, bei denen es sich lediglich um Fertigstellung oder Veredelungsverkehr für heimische Industrie handelt. Würde der Handel hiermit aber durch eine zu enge Auffassung des Benutzungsbegriffes lahmgelegt, so würde die Industrie und damit der den Gegenstand des Schutzes bildende wirtschaftliche Wohlstand unserer Rechtsgemeinschaft unter Umständen einen unnötigen Schaden erleiden können. Das aber hat der Gesetzgeber sicherlich nicht gewollt. Es ist daher der Ansicht Kohlers nicht beizutreten, daß der Handel des Schutzes aus § 5 nicht bedürfe, da er sich ohne neue Einrichtungen oder Vorbereitungen einer anderen Ware zuwenden könne.[2]) Diese Behauptung dürfte wohl nur für einen geringen Teil des Handels zutreffen, während z. B. gerade der Importhandel häufig zu seinem Betriebe mancherlei Sondervorkehrungen bedarf, sei es für den Transport, sei es für Lagerung, Reini-

---

den Gesetzgeber nicht maßgebend. Der wirtschaftspolitische Standpunkt des deutschen Patentrechts ist kein einseitig territorialer, sondern berücksichtigt die Wechselbeziehungen der zwischenstaatlichen Gütererzeugung. Derselben Meinung auch Isay S. 224.

1) Nach Dunkhase S. 76 hat der Vorbenutzer zwar nicht das Recht, das patentierte Verfahren im Inlande auszuüben, aber er darf auch nach der Patenterteilung noch im Auslande hergestellte Erzeugnisse wie bisher in den inländischen Verkehr bringen. Es liegt dies seiner Meinung nach nicht nur im berechtigten Interesse des Benutzers, sondern unter Umständen auch im Interesse der Abnehmer. Es würde eine Benachteiligung der Abnehmer bedeuten, wenn sie ihren Bedarf nicht unter den günstigen Bedingungen wie bisher aus derselben Quelle weiter decken könnten, und es wäre eine unverdiente Bevorzugung des Patentinhabers, wenn er diese Quelle, die ohne sein Zutun entstanden ist, verstopfen könnte.

2) Kohler, Hdb. 474. Dem entgegnet Isay S. 224 f.: Diese Ansicht verkennt die Bedürfnisse und das Wesen des Exporthandels völlig, der Exporthandel ist aber der unentbehrliche Gehilfe der Exportindustrie. Im übrigen ist hierbei weiter übersehen, daß auch die inländische Industrie bezüglich Halbfabrikaten und solcher Fabrikate, deren Veredelung im Inland erfolgt, vielfach die Produkte der ausländischen Industrie braucht; auch sie haben also ein Interesse am Schutz des § 5 und nicht bloß der Handel.

gung usw. Unmöglich wäre es aber, hier auf ein und demselben Gebiete irgendwelche Grenzen finden und ziehen zu wollen, oder mit verschiedenem Maße zu messen. Daraus ergibt sich ohne weiteres, daß keine technische Vorbenutzung erforderlich ist, wie Kohler verlangt, sondern schon eine bloß handelsmäßige genügt.[1]) Wenngleich der Benutzungsbegriff in den vier umstehend genannten verschiedenen Erscheinungsformen auftritt, so ist und bleibt er doch immer ein in sich einheitlicher Rechtsbegriff. Auch daraus ergibt sich ohne weiteres folgender praktisch wichtiger Satz: Wer auch nur eine der vier Benutzungsformen, die im § 4 der ausschließlichen Ausübung des Patentinhabers vorbehalten sind, betätigt hat, kann grundsätzlich auch die übrigen nach der Patenterteilung ausüben,[2]) selbstverständlich jedoch ohne ein Untersagungsrecht gegen Dritte zu haben,[3]) wie der Patentinhaber. Allerdings wird dieser Grundsatz von dem *umfassenden* Ausnutzungsrechte des Vorbenutzers durch den Gesichtspunkt der rechtsnotwendigen Verknüpfung dieses seines gewerblichen Rechtes mit seinem Gewerbe, die der § 5 bestimmt, eine gewisse, unten noch näher zu erörternde Einschränkung erleiden müssen. Auf welche betriebliche Weise sonst der Vorbenutzer seine Erfindung in Benutzung genommen hatte, ist demnach ohne Bedeutung. Erfordernis ist nur, daß die Benutzung in dem kritischen Zeitpunkte, also in dem der Patentanmeldung noch stattfand; denn der bestehende Besitzstand sollte geschützt werden, nicht der vergangene oder erst zukünftige. Bei der Beurteilung dieser Frage kommt es ja nach dem konkreten Falle auf den Willen des Vorbenutzers an. Es kann nicht vom bloßen Zufall abhängen und mit der Uhr festgestellt werden, ob der Vorbenutzer just in der Minute der Anmeldung die Erfindung benutzt hat. In manchen Berufen bringt es der Betrieb, die Jahreszeit mit sich, daß die Benutzung zeitweilig unterbrochen wird. Krieg, Krankheit und andere Umstände können den Vorbenutzer bisweilen zwingen, die benutzte Erfindung bei-

---

1) Dunkhase S. 76 will für ein Verfahrenspatent eine Ausnahme machen, er sagt: Ein Verfahren kann nur durch Gebrauch, d. h. durch seine Anwendung vorbenutzt werden. Ein Inverkehrbringen oder Feilhalten des Verfahrens im Sinne einer Benutzung findet nicht statt.

A. A. Cantor S. 620.

2) Vgl. Kent S. 562: Ein Verbietungsrecht auf Grund des Patentes findet also dem gegenüber, welcher in irgendeiner Weise die Erfindung in Benutzung genommen hatte, überhaupt nicht statt.

3) RG. Bd. 26 S. 64, Bd. 77 S. 811 ff.

seite zu legen, um sie im geeigneten Augenblicke je nach Bedarf wieder hervorzuholen und weiter anzuwenden.[1])

Die Benutzungspause darf nur nicht dahin zu deuten sein, daß sie zu einer dauernden Aufgabe und Nichtbenutzung der Erfindung führen sollte.[2]) Wenn in eine solche Benutzungspause der Zeitpunkt der Anmeldung fällt, so ist dies für das Recht des Vorbenutzers unschädlich. Anders liegt es, wenn der Vorbenutzer seinen Betrieb, in dem er die Erfindung anwandte, aufgegeben hatte und ihn nun nach der Anmeldung des Patentes, durch die Anmeldung etwa angeregt, von neuem wieder aufnehmen wollte. Hier würde sein Vorbenutzungsrecht versagen.[3])

§ 5.

Unvollendete Benutzung.

Nach ähnlichen Gesichtspunkten ist zu entscheiden, wenn zur Zeit der Patentanmeldung zwar eine wirkliche Benutzung der Erfindung noch nicht stattgefunden hatte, aber die erforderlichen Veranstaltungen hierzu bereits getroffen waren; auch hier ist der vom Patent unbeeinflußte Benutzungswille des Vorbenutzers im konkreten Falle maßgebend, da das

1) Isay S. 228 § 5 Anm. 11 bejaht in diesen Fällen das Vorbenutzungsrecht, sobald vor der Anmeldung eine wirkliche Benutzung stattgefunden hatte; hierbei setzt er voraus, daß die Benutzung nicht endgültig aufgegeben ist, was nach ihm anzunehmen sein dürfte, wenn der zugrunde liegende Betrieb überhaupt nicht mehr besteht.

2) Vgl. RG. Bd. 75 S. 317 ff., JW. 1911 S. 410 Nr. 32. Die bereits oben angezogene Entscheidung führt, nachdem sie den Besitzschutzgedanken des Vorbenutzerrechts erörtert hat, weiter aus: Dieser Gedanke trifft dann nicht zu, wenn die Erfindung zwar längere Zeit vor der Anmeldung in Benutzung genommen, aber dann freiwillig aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen wieder fallen gelassen war. Wollte man das Recht des Vorbenutzers auch für diesen Fall anerkennen, so zwänge die Folgerichtigkeit dazu, das Recht auch dann zuzubilligen, wenn lediglich einmal Veranstaltungen getroffen wären, die dann aber nicht weiter verfolgt wurden. Offenbar ist dies nicht die Meinung des Gesetzes; vgl. auch Schanze, PU. S. 224, 254.

3) RG. Bd. 75 S. 317 ff.: Es ist mit der herrschenden Meinung anzunehmen, das Recht des Vorbenutzers ist ein Recht zur Fortbenutzung, d. h. zur Fortführung des Unternehmens einer in Benutzung begriffenen Erfindung, nicht aber das Recht eines älteren Erfinders, der früher einmal die Erfindung benutzt, oder Veranstaltungen zu ihrer Benutzung getroffen hatte.

Gesetz solche Veranstaltungen einer wirklichen Benutzung zur Zeit der Anmeldung gleichstellt. Es ist also das Recht zur Fortbenutzung auch dann gegeben, wenn der Vorbenutzer noch mit den Vorbereitungen zur Benutzung beschäftigt war, ohne zu ihrer vollen Ausführung gelangt zu sein, vorausgesetzt, daß der darin liegende Versuch nicht etwa nachher aufgegeben ist, sondern nach der Anmeldung im Laufe der Entwicklung auch zur wirklichen Benutzung führt.[1])

Bei der Beurteilung der Frage, wo die Grenze ist zwischen Vorbereitung und Ausführung der Erfindungsbenutzung, wird der Begriff des strafrechtlichen Versuchs einen gewissen Anhalt bieten können, wenn er, wie Kohler[2]) sagt, „verständnisvoll" auf das Zivilrecht übertragen wird. Um die Absicht genügend zu verkörpern, sind keineswegs sämtliche Vorbereitungsverhandlungen, sowie die Fertigstellung aller Maschinen und Einrichtungen nötig, sondern nur eine solche, welche die Erfindung im wesentlichen auszuführen bestimmt ist und den ernstlichen Willen kundgibt, diese betreffende Erfindung sofort zu benutzen.[3]) Es genügen auch bereits im Betriebe vorhandene Maschinen und Einrichtungen, wenn sie für die Benutzung der Erfindung verwendet sind, wenn auch nicht dauernd zu fabrikmäßigem Betriebe.[4]) Im allgemeinen werden Zeichnungen, Skizzen und Modelle nicht genügen, doch können auch sie im Einzelfalle schon sehr wohl ein Vorbenutzungsrecht begründen, wie auch vom Reichsgericht mehrfach anerkannt ist.[5]) Maßgebend wird hierbei immer sein müssen, wie weit die vorliegenden Zeichnungen oder Modelle schon dem

1) Vgl. Isay S. 228; Kohler, Lehrb. S. 137.

2) Kohler, Handbuch § 187, Lehrbuch S. 137, 476, desgl. Damme S. 358; dagegen bemerkt Isay (S. 227 § 5 Anm. 8): Ist der ernstliche Wille erkennbar, so genügt die Veranstaltung, auch wenn sie im Sinne des Strafrechts bloß eine Vorbereitungshandlung ist. Dies spricht dagegen, die Veranstaltungen des § 5 als „Versuch im Sinne des Strafrechts zu bezeichnen".

3) Vgl. RG. i. PMZBl. 96 S. 115, JW. 96 S. 110: Nach der in wiederholten Entscheidungen des Reichsgerichts (Bd. 10 Nr. 25 S. 94, 30 Nr. 20 S. 64, RG. i. Str. Bd. 16 S. 416) gegebenen Auslegung des § 5 ist zwar nicht erforderlich, daß schon sämtliche Vorbereitungshandlungen getroffen seien, immerhin müssen solche Vorbereitungen dargelegt werden, die die Erfindung im wesentlichen auszuführen bestimmt sind und den ernstlichen Willen, die Erfindung sofort zu benutzen, kundgeben.

4) Vgl. RG. i. Z. Bd. 30 S. 64.

5) Vgl. Isay S. 226, RG. i. Z. JW. 08 S. 247 Nr. 22, wo bereits die Anfertigung der Zeichnung einer Schartenblende für ausreichend angesehen wird.

wesentlichen Teil der Ausführung zuzurechnen sind, was je nach der in Frage stehenden Sachlage von Fall zu Fall entschieden werden muß. Eine Zeichnung kann trotz ihrer Einfachheit dazu dienen, nach ihr zu arbeiten, z. B. um eine erfundene elektrische Schaltung darnach einzurichten, eine andere trotz ihrer Kompliziertheit etwa nur, um einen genauen Kostenvoranschlag zu ermöglichen. Während die erste wohl als wesentlich für die Ausführung angesehen werden muß, ist die zweite dagegen für die eigentliche Erfindungsbenutzung völlig belanglos.

Dabei ist aber zu unterscheiden, ob es sich um die unvollendete Benutzung einer Erfindung oder die Benutzung einer unvollendeten Erfindung handelt.[1]) Denn im letzteren Falle ist, wie bereits oben ausgeführt, mangels einer fertigen Erfindung ein Vorbenutzungsrecht nicht gegeben.

§ 6.

Offenkundige Benutzung.

Gleichgültig ist, ob die Vorbenutzung nur geheim oder offenkundig stattfand. Da ein Patent nach § 1 PG. nur für eine neue Erfindung erteilt werden soll und nach § 2 eine Erfindung nicht als neu gilt, wenn sie im Inlande bereits so offenkundig benutzt ist, daß ihre Benutzung durch andere Sachverständige möglich erscheint, so dürfte zwar an sich also bei offenkundiger Benutzung durch den späteren Vorbenutzer schon von vornherein kein Patent erteilt werden.[2]) Ist dies aber dennoch geschehen und will nicht der Vorbenutzer durch Nichtigkeitsklage das Patent zu Fall bringen oder ist inzwischen die Frist von 5 Jahren für die Anfechtung aus § 28 PG. verstrichen, so wäre es eine ungerechtfertigte Härte, dem Vorbenutzer um seines untätigen Verhaltens willen die Benutzungsbefugnis zu entziehen. Da diese ein Recht zur weiteren Benutzung der patentierten Erfindung, eine Beschränkung des Patentes ist, so behält sie infolgedessen gleichfalls ihre Kraft, solange das Patent wirksam bleibt. Soweit eine Prüfung der objektiven Erfindungserfordernisse für das Recht aus dem Patent ausgeschlossen ist, soweit

1) Vgl. Isay S. 221 Anm. 2.

2) An solchen Maßnahmen, die bereits in weiten Kreisen bekannt, also Allgemeingut sind, kann auch kein Vorbenutzungsrecht begründet werden.

muß sie auch für seine Beschränkung ausgeschlossen sein.[1]) Andernfalls könnte der Patentinhaber, nachdem sein Patent nach Ablauf von 5 Jahren durch das Schweigen des Vorbenutzers unanfechtbar geworden wäre, die Offenkundigkeit von dessen eigner Benutzung im Prozesse gegen ihn kehren und auf Grund dieses Umstandes das Vorbenutzungsrecht ihm bestreiten.

Da das Vorbenutzungsrecht nicht schon ein Ausfluß des subjektiven Erfinderrechts an sich ist, sondern auf dem in der Benutzung betätigten Besitze der Erfindung beruht,[2]) so ist es auch nicht erforderlich, daß der Vorbenutzer die Erfindung persönlich gemacht hat, sondern es genügt, wenn er seinen Besitz nicht von dem Patentanmelder ableitet. Wenn sich das Patent auf ein Verfahren oder auf eine Anordnung bezieht, begründet auch die mittelbare Benutzung durch Vertrieb der zu dem Verfahren oder der Anordnung erforderlichen Stoffe oder Vorrichtungen das Vorbenutzungsrecht.[3])

§ 7.

Vorbenutzung als absolutes Recht.

Wie schon oben dargelegt, ist das Vorbenutzungsrecht eine Beschränkung des Rechtes aus dem Patent, indem es gegenüber dem ausschließlichen Genußrechte aus dem Patent als gleichzeitige Ausnahme besteht. Das Vorbenutzungsrecht ist ein dem Patentrechte in seinen Rechtsfolgen völlig identisches, aber insofern unvollkommen ausschließliches Recht, als es rechtlich keine Ausschlußwirkung gegenüber Dritten äußert wie das Patent.[4]) Freilich vermag der Vorbenutzer, trotzdem ihm ein Untersagungsrecht gegen Dritte nicht zusteht, gleichwohl einen gewissen tatsächlichen Vorteil aus der Ausschließlichkeit des Patentes dadurch zu ziehen, daß er ähnlich dem Lizenznehmer durch seine Benutzungsbefugnis dem Monopole des Patentinhabers gegenüber eine bevorzugte Sonderstellung einnimmt, ohne irgendwelche Patent- oder

1) Isay S. 22 Anm. 1 zu § 5, S. 228 Anm. 10; a. A. Schanze S. 234.

2) RG. i. Z. JW. 08 S. 247 Nr. 32, RG. Bd. 52 S. 91; vgl. auch oben zu § 4 der Ausführungen.

3) Isay S. 225; Kohler, Hdb. S. 474; anderer Ansicht RG. v. 26. 1. 07, Zeitschrift f. J. 2 S. 138.

4) Vgl. RG. i. Z. 26 S. 64, RG. i. Str. S. 107, Entsch. d. LG. Zwickau, GR. I. S. 184.

Lizenzgebühren dafür leisten zu müssen. Andererseits erleidet er aber auch durch die Patenterteilung eine Beschränkung in seiner Gewerbefreiheit, insofern, als er nicht mehr wie früher in beliebiger Weise seine Erfindung ausnutzen kann, sondern *nur noch in engster Verknüpfung mit dem Betriebe* nach der ausdrücklichen einschränkenden Bestimmung des § 5 PG.

Diese Verknüpfung des Vorbenutzungsrechtes mit dem zugrundeliegenden Betriebe sowie der Umstand, daß diese Befugnis ein absolutes Recht ist und die Ausschließlichkeit des Patentmonopols zugunsten des Vorbenutzers beschränkt, haben dazu verleitet, das Vorbenutzungsrecht als eine Servitut an dem Patente aufzufassen. Diese Auffassung ist aber ebensowenig zutreffend wie die Bezeichnung des Vorbenutzungsrechtes als gesetzliche Lizenz.[1]) Wenngleich nicht zu verkennen ist, daß das Recht des Vorbenutzers in seinen Wirkungen eine gewisse Ähnlichkeit mit beiden Instituten aufweist, so ist es dennoch zwecklos, auch nur von einem Analogon zu den Servituten[2]) zu sprechen, da die Rechtsverhältnisse gänzlich verschiedene sind und weil eine solche Feststellung keine einzige Rechtsfolge schaffen, klarstellen oder begründen würde. Während die Servitut in das Eigentum eines anderen hineingreift und dieses beschränkt und mindert, verhütet das Vorbenutzungsrecht lediglich die Einwirkung des Patentes auf den Besitzstand des andern; es vermindert die Wirkung des Patentes ebensowenig, wie es das Verbietungsrecht aus § 906 ff. BGB. gegenüber dem Eigentümer am Nachbargrundstücke tut. Denn wie das Eigentum am Grundstücke kein unumschränktes, sondern ein durch das Nachbarrecht von vornherein genau begrenztes ist, ebenso ist das Patent von seiner Erteilung an durch das Vorbenutzungsrecht begrenzt, aber keineswegs erst später vermindert.[3]) Das Vorbenutzungs-

1) Kohler, Hdb. S. 478, nennt, wie schon oben bemerkt, das Vorbenutzungsrecht eine gesetzliche Lizenz, wobei „Lizenz" in dinglichem Sinne verstanden ist.

2) So Isay § 5 Anm. 15 S. 230.

3) Ähnliche Beschränkungen begegnen auch in andern Rechtsgebieten, so im Wasserrecht, wo das Recht der Vorflut, das Verbot der Wasserentziehung unter anderen zu nennen sind, ferner beispielsweise im Bergrecht. Dem Bergwerkseigentümer ist ein Enteignungsrecht gegen den Grundeigentümer gegeben. Die Abtretung von bebautem Grund und Boden und von Hofräumen kann jedoch nicht erlangt werden. Das Enteignungsrecht ist also insofern beschränkt, jedoch nicht in der Weise, daß der Grundeigentümer ein Recht gegen den Bergwerkseigentümer zum Bleiben, vielmehr

recht ist also eine gesetzliche Patentrechtsbeschränkung, aber keine Servitut. Die Verknüpfung des Vorbenutzungsrechtes in seiner Entstehung, Ausübung und Übertragung hat mit seinem Wesen und seinem Verhältnis zum Patente nichts weiter zu tun, als daß sie Maß und Grenze der Ausnutzung darstellt und nur geschaffen ist, um eine Gefährdung des Patentes durch eine schrankenlose und willkürlich durch Lizenzvergebung ins Ungemessene gesteigerte Ausbeutung des Vorbenutzungsrechtes zu verhüten.[1]) Auch aus dieser Verbindung von Recht und Betrieb läßt sich demnach eine Dienstbarkeit nicht herleiten. Ganz und gar abwegig ist aber die Annahme von Zoll,[2]) daß es sich wegen dieser Verknüpfung mit dem Betriebe des Vorbenutzers um eine dem Betriebe als solchen, der Fabrik zustehenden Dienstbarkeit handele, die er deshalb eine „servitus fabricae" nennt, denn die Fabrik ist kein Rechtssubjekt, und subjektlose subjektive Rechte gibt es nicht. Mit Recht weisen auch Adler und Schanze[3]) darauf hin, daß die Verknüpfung mit dem Betriebe das Recht des Vorbenutzers seinem objektiven Bestande nach keineswegs zu einer „servitus fabricae" macht, ebensowenig, wie eine solche Betrachtungsweise etwa bei der Firma am Platze wäre, die doch auch mit dem Betriebe des Handelsgeschäftes verbunden ist.

§ 8.

Gewerbsmäßigkeit der Vorbenutzung.

Da das Patentrecht dem gewerblichen Rechtsschutze dienen soll und durch § 4 PG. jeden anderen außer den Vorbenutzer von der gewerblichen Ausbeutung der geschützten Erfindung ausschließt, ergibt sich von selbst,

---

letzterer von vornherein kein Recht hat, den andern zu vertreiben. Auch hier dürfte trotz der Ähnlichkeit der Beschränkung und der Verknüpfung mit dem Grundstücke von einer Servitut an dem Enteignungsrechte oder Bergwerkseigentume nicht die Rede sein.

1) Kent § 5 Anm. 75 S. 563: Die Beschränkung des Vorbenutzungsrechtes auf den eigenen Betrieb des Vorbenutzers soll nur verhindern, daß das Vorbenutzungsrecht zum Schaden des Patentinhabers ins Ungemessene dadurch vervielfältigt wird, daß der Vorbenutzer einer unbestimmten Zahl anderer Personen die Ausübung der Erfindung in deren eigenem Interesse und für deren eigenen Betrieb gestattet.

2) Zoll in Grünhut XXI S. 562 ff.

3) Adler in Grünhut XXVII S. 579; Schanze PU. S 274.

daß auch die Vorbenutzung nur in gewerblicher Hinsicht von der Beschränkung durch das Patent frei sein soll. Es hätte keinen Sinn, die durch § 4 sowieso keinem verbotene, häusliche (nicht gewerbliche) Benutzung[1]) einer Erfindung dem Selbsterfinder ausdrücklich zu gestatten.[2]) Es wird ja auch ferner zur Patentfähigkeit einer Erfindung in § 1 Abs. 1 PG. die gewerbliche Verwertbarkeit verlangt und durch die Erteilung des Patentes an den ersten Anmelder eine möglichst schleunige Anmeldung und damit gewerbliche Nutzbarmachung der Erfindung für die Allgemeinheit angestrebt. Gerade die Erwägung, daß das gesetzliche Vorbenutzungsrecht keine selbständige rechtliche Existenz neben und außer dem Patentrechte hat, sondern eben nur eine gesetzliche Beschränkung des Patentrechtes darstellt, muß mit begrifflicher Notwendigkeit dazu führen, auch für das Vorbenutzungsrecht das Erfordernis der Gewerblichkeit zu verlangen. Wie die gewerbliche Ausnutzung durch § 4 dem Patentinhaber allein gesichert wird, so erwirbt nur derjenige Vorbenutzer das Ausnahmerecht des § 5, der die Erfindung bereits ge-

---

1) Vgl. Dunkhase S. 36; er führt zu dem Gegensatze von privat zu gewerbsmäßig aus: Das Recht des Patentinhabers auf gewerbsmäßige Benutzung der Patenterfindung geht indessen nicht so weit, daß jede Benutzung ohne Erlaubnis des Patentinhabers schlechthin patentverletzend wäre; denn dann wäre die in der Gewerbsmäßigkeit liegende Beschränkung gegenstandslos. Eine rein private Benutzung beeinträchtigt den Patentinhaber nicht wesentlich. Wäre auch die rein private Benutzung dem Patentinhaber ausdrücklich vorbehalten, so wäre für den Patentinhaber praktisch kaum etwas gewonnen; er könnte ein solches Recht nur in kleinlicher Weise oder zur Schikane gebrauchen. Die rein private Benutzung der patentierten Erfindung z. B. für Studienzwecke oder für den häuslichen oder persönlichen Bedarf ist daher frei.

Jede Benutzung, die ihrem Umfange nach über den persönlichen oder häuslichen Bedarf hinausgeht, ist im Sinne des Gesetzes eine gewerbsmäßige. Nach RG. i. Str. Bd. 66 S. 165 bildet den Gegensatz zu häuslichem Gebrauch nicht nur Gebrauch im eigentlichen Gewerbebetriebe, sondern jede nicht rein private Benutzung, wenn sie auch nicht für den Zweck eines Gewerbes erfolgt. (Das Läuten von Glocken seitens einer Kirchengemeinde.) Gl. M. Kohler in Grünhut XXV S. 209, 217 ff., Seligsohn § 4 Anm. 5, Isay § 4 Anm. 26 S. 183.

2) Anderer Ansicht Kaiser S. 144 sowie anscheinend auch RG. i. JW 02 S. 533 Nr. 12, wo der Übergang von der Herstellung zu eigener Benutzung zum gewerbsmäßigen Herstellen, Feilhalten und Inverkehrbringen für zulässig erklärt wird. Dabei ist jedoch zu beachten, daß eigene und private Benutzung keineswegs dasselbe bedeuten müssen.

werblich in Benutzung genommen oder Veranstaltungen hierzu getroffen hatte. Der Vorbenutzer, der seine Erfindung nur zu privaten Zwecken, nicht zu gewerblichen benutzt, erwirbt, weil er eines Schutzes zu privater Benutzung nicht mehr wie jeder andere bedarf, einen solchen nicht.[1]) Darin liegt für ihn ebensowenig eine Strafe, wie etwa darin, daß ihm auch schon mangels einer rechtzeitigen Benutzung das Vorbenutzungsrecht versagt bleibt. Der Leitgedanke des Vorbenutzungsrechtes, den bestehenden gewerblichen Besitzstand zu schützen, duldet ebensowenig zugunsten des Lässigen wie des Säumigen eine Ausnahme.[2]) Der Gesetzgeber erreicht damit auch in vollem Umfange die von ihm gewünschte wirtschaftliche Folge, daß der Wert des Patentes nicht unbilligerweise verkümmert werden kann. Es kann niemand, durch die verlockenden Aussichten des wertvollen Patentes veranlaßt, eine von ihm bis dahin vielleicht nur als Spielerei in Mußestunden benutzte Erfindung zur Grundlage eines möglicherweise empfindlich konkurrierenden neuen Gewerbebetriebes machen. Das Vorbenutzungsrecht schützt eben nur gegenwärtig, zur Zeit der Anmeldung Bestehendes und niemals Zukünftiges. Es kann eben folgerichtig das Vorbenutzungsrecht nur da entstehen, wo ein gewerblicher Betrieb schon vorhanden oder wenigstens durch Veranstaltungen in der Entstehung begriffen ist.[3])

Da das Patentgesetz in Satz 2 Abs. 1 § 5 ausdrücklich von den Bedürfnissen des eigenen Betriebes spricht, ergibt sich, daß also ein eigener Betrieb vorliegen muß und ein Erfinder in fremdem Betriebe in seiner Eigenschaft als Gewerbegehilfe kein Vorbenutzungsrecht für seine eigene Person erwerben kann. Noch höhere Bedeutung weist im Gesamttatbestande des Vorbenutzungsrechtes das Reichsgericht dem Begriffsmerkmale der Gewerbsmäßigkeit bei.[4]) Nach seiner Entscheidung

1) Schanze, PU. S. 372; Isay S. 227 Anm. 9; Kohler, Hdb. S. 473; Robolski Anm. zu § 5; Kent Anm. 47 zu § 5; Dunkhase S. 73; anderer Ansicht Stenglein-Appelius Anm. 6 zu § 5, Allfeld S. 41, ferner Seligsohn, der dem Vorbenutzer, wenn er vor der Patentanmeldung noch keinen Geschäftsbetrieb hatte, gestatten will, nachher einen solchen zu beginnen.

2) Vgl. M. Dunkhase S. 74: Hat ein Erfinder die Anmeldung unterlassen, so ist er entweder lässig gewesen, oder er hat der Erfindung keinen Wert beigelegt; er hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn ihm durch die Anmeldung der Erfindung die Möglichkeit abgeschnitten wird, nun nachträglich noch die Erfindung in gewerbsmäßige Benutzung zu nehmen.

3) Ebenso Schanze, PU. 273.

4) Vgl. RG. i. Z. Bd. 56 S. 223. Ein Vorbenutzungsrecht würde anzuerkennen sein, wenn die Herstellung als Erzeugnis im Betriebe der

erwirbt ein Angestellter das Recht nicht für sich, sondern ohne weiteres für den Betriebsinhaber, wenn die Erfindung sachlich ins Gebiet des Betriebes fällt. Dazu bedarf dieser keiner Kenntnis noch einer Willenserklärung. Eine solche ist im Gegenteil nötig, wenn der Betriebsinhaber auf den Erwerb verzichten und dem Angestellten die Erfindung zur eigenen Ausnutzung überlassen will. Dagegen kann die Vorbenutzung im eigenen Betriebe auf fremde Bestellung erfolgt sein.[1]) Nicht erforderlich ist, daß sie in der eigenen Werkstätte erfolgt, sie kann vielmehr im eigenen Interesse auch in einer fremden Werkstätte stattfinden, z. B. für den Fabrikanten bei dem Heimarbeiter.

Firma zu gelten hätte. Arbeiten in einer Fabrik, die dort von Angestellten und Arbeitern verrichtet werden, um Erzeugnisse herzustellen, mit deren Herstellung die Fabrik sich befaßt, sind dem Betriebe zuzurechnen. Ob der Inhaber es will oder weiß, ist unerheblich, da der Fabrikeigentümer von Einzelheiten des Betriebes keine Kenntnis haben kann oder braucht. Wenn die von Angestellten gemachte Erfindung ihrer Art nach zum Betrieb der Fabrik gehören *kann*, so steht der Erfindungsbesitz dem Inhaber der Fabrik zu, *nur* diesem. Wenn der Fabrikinhaber Erfindung wie Ausführung dem Angestellten allein überläßt, dieser allein daran arbeitet, ohne Gemeinschaft zwischen Angestellten und Inhaber, kommt der Erfindungsbesitz nicht beiden zu, denn sonst hätte jeder auf Grund desselben Tatbestandes das Recht der Vorbenutzung selbständig, also voneinander unabhängig, was rechtlich unmöglich und ohne tatsächliche Grundlage wäre. Denn in Benutzung genommen wäre die Erfindung dann nicht vom Fabrikinhaber, sondern einzig und allein von dem Angestellten und daher würde nur dieser im sogenannten Erfindungbesitz sein.

1) Vgl. RG. i. Z. 1 V. 75; ferner RG. i. Str. v. 25. 2. 95, Bd. 27 S. 51 ff.; JW. 95 S. 290 Nr. 10, PM. 7 Bl. 1 S. 147, wo ausgeführt wird: „Hat auch nur derjenige im Sinne des § 5 Abs. 1 die Erfindung in Benutzung genommen, der sie durch eigenen selbständigen Handel im eigenen Namen und für eigene Zwecke angewendet hat, so handelt doch ein Fabrikant, der einem Privatmann oder Händler Waren auf Bestellung liefert, in dieser Weise. Er steht in keinem Abhängigkeitsverhältnis zu dem Händler, nimmt dessen Auftrag vielmehr im Interesse seines Gewerbes an, führt ihn selbständig und im eigenen Namen aus, und die hergestellte Ware ist das Produkt seiner Tätigkeit. Der Fabrikant ist der gewerbsmäßige Hersteller und hat, wenn er sich zur Herstellung eines bestimmten Verfahrens bedient, dies Verfahren angewendet. So unterliegt es auch keinem Zweifel, daß der, welcher nach erteiltem Patent eine demselben unterworfene Sache bei dem Berechtigten bestellt und geliefert erhält, den Gegenstand der Erfindung nicht in Benutzung nimmt, sondern der, welcher die Ware herstellt und ihm übersendet. Allerdings benutzt derjenige, welcher lediglich eine ihm aufgetragene

§ 9.

Der Betrieb als Grundlage des Vorbenutzungsrechts.

Was ist nun ein Betrieb[1]) im Sinne des § 5 PG.? Der schon mehrfach erwähnte Zusammenhang der §§ 4 und 5 PG. läßt erkennen, daß unter „Betrieb" nur der gewerbliche zu verstehen ist, d. h. jede auf Erwerb gerichtete berufsmäßige Tätigkeit nicht nur im technischen Gewerbe und Handel, sondern auch die in Land- und Forstwirtschaft, Bergbau und Verkehrswesen.[2]) Es ist also nach dem Gesetz zur Entstehung des Vorbenutzungsrechtes ein bestimmter gewerbsmäßiger Betrieb zur Zeit der Anmeldung als Grundlage erforderlich, und aus der Verbindung des Vorbenutzungsrechtes mit diesem gegebenen Betriebe erwächst eine Einengung des Rechtes insofern, als ein Inhaber nach der Anmeldung die Erfindung nur für die Bedürfnisse dieses eigenen Betriebes ausnutzen darf.[3]) Die Identität aber ist gewährleistet mit der Einheit der bleibenden Bestimmung des Betriebes.

Soweit nur die Ausnutzung der Erfindung sich in dieser Grenze hält, ist der Vorbenutzer unbeschränkt. Er darf die Benutzung über das

---

mechanische Tätigkeit für einen andern ausführt, nicht eine dem angefertigten Gegenstande zugrunde liegende Erfindung, da er dann nur als Werkzeug des Auftraggebers und nicht im eigenen Namen und für sich die Erfindung anwenden will wie ein Arbeiter oder Werkmeister.

Vgl. dazu ferner RG. Bd. 52 S. 90, JW. 02 S. 246 Nr. 36 sowie Isay S. 227.

1) Die Wirtschaftswissenschaft unterscheidet zwischen Betrieb und Unternehmen, indem dieses eine organische Einheit vom wirtschaftlichen, der Betrieb eine solche vom technischen Standpunkte betrachtet darstellt (vgl. Isay S. 231, Schanze S. 238).

Ein Unternehmen kann daher die verschiedensten Betriebe wiederum zu einem Ganzen zusammenfassen und zu einer wirtschaftlichen Einheit verbinden. Der private Haushalt fällt, wie sich allein schon aus dem Sprachgebrauche ersehen läßt, nicht unter den Begriff „Betrieb" (Isay 232, 227).

2) Vgl. M. Seligsohn S. 157, Cantor S. 620, Isay S. 232. Ephraim S. 443 versteht unter „Betrieb" jede vom Vorbenutzer verwendete Einrichtung zur Benutzung der Erfindung und macht zwischen privater und gewerbsmäßiger Vorbenutzung keinen Unterschied.

3) Vgl. Osterrieth S. 107. Die Ansicht Seligsohns (S. 158), daß Bedürfnisse des eigenen Betriebes identisch sei mit „für seine eigenen gewerblichen und nicht gewerblichen Bedürfnisse", dürfte zu weit gehen. Cantor hält (S. 620) die Fassung des Gesetzes für die Bedürfnisse gleichbedeutend mit der Ausdrucksweise „für die Zwecke" des eigenen Betriebes.

Maß, in welchem sie zur Zeit der Anmeldung erfolgte, erweitern, seinen Betrieb ausdehnen, auch neue Betriebe den bisherigen angliedern und diese ebenfalls mit dem Vorbenutzungsrecht ausstatten.[1]) Noch vielmehr darf er gewisse technische und nach dieser Hinsicht von dem Vorbenutzungsrechte unabhängige Veränderungen einführen, die als wesentliche Veränderungen des Betriebes im Sinne des § 25 GO. anzusehen sind. Innerhalb seines gesamten Unternehmens kann der Vorbenutzer das Recht frei von Betrieb zu Betrieb übernehmen[2]) und in sämtlichen Teilbetrieben ausnutzen, wenn es die Bedürfnisse erheischen, ohne Rücksicht darauf, ob er zur Zeit der Anmeldung nur in einem einzelnen oder bereits in sämtlichen Teilbetrieben die Erfindung betätigt hatte. Dabei ist es nicht erforderlich, daß es sich um ein und denselben Betriebszweig (Branche) handelt, sondern er darf z. B. eine zunächst nur in seiner Bierbrauerei benutzte Erfindung nach der Anmeldung auch in einer von ihm außerdem betriebenen Branntweinbrennerei ausnutzen.[3]) Auch nicht bloß auf seine eigenen Werkstätten ist der Vorbenutzer in der Verwertung seiner Erfindung beschränkt, sondern, soweit es die Bedürfnisse seines Betriebes erfordern, kann er sie auch in fremder Werkstätte verwerten, indem er z. B. diese zur Aushilfe heranzieht und in ihr auf seinen Namen und seine Bestellung arbeiten läßt. Dies braucht keineswegs etwa eigene Herstellung zu sein, derart, daß die fremde Werkstatt seinem Betriebe stets eingegliedert sein müßte. So kann z. B. ein Landwirt den von ihm erfundenen Pflug nicht nur sich selbst in eigener Schmiede herstellen, sondern auch in einer beliebigen fremden Fabrik für sich anfertigen lassen.[4])

Liegt jedoch die Vorbenutzung nicht im Gebrauch, sondern in der Herstellung einer Erfindung, so muß in diesem Falle die fremde Werk-

1) Vgl. M. Kohler S. 483, Isay S. 233, Seligsohn S. 157 f. Dunkhase S. 77 erklärt jedoch: Der Vorbenutzer ist zwar befugt, den eigenen Betrieb zu erweitern, dagegen ist es ihm nicht gestattet, fremde Betriebe, denen das Benutzungsrecht nicht zusteht, mit dem eigenen zu vereinigen, oder fremde Betriebe zu übernehmen und nur für diese das Benutzungsrecht auszuüben.

2) Vgl. Isay S. 233, Cantor S. 618, ferner bemerkt dazu Kent § 5 Anm. 75 S. 563: Der Sinn des Gesetzes ist offenbar, daß der Vorbenutzer für seine eigenen gewerblichen Zwecke die Erfindung in jeder Richtung ungehindert benutzen dürfe.

3) So Kent § 5 Anm. 76 S. 564.

4) Kohler, Hdb. S. 483; Seligsohn § 5 Anm. 5; Isay S. 234; anderer Ansicht Schanze, PU. 269.

stätte dem eigenen Betriebe eingegliedert sein; andernfalls kann nicht von den Bedürfnissen des eigenen Betriebes die Rede sein; es würde die erforderliche Betriebseinheit fehlen.[1]) Denn es würden nicht die im eigenen Interesse anderweit hergestellten Erzeugnisse gebraucht, sondern zwei Betriebe produzierten und vertrieben ihren eigenen Interessen dienend nebeneinander.

Einzelne Teile können dagegen sehr wohl von fremder Fabrik bezogen werden, wenn die weitere Fertigstellung solcher Halbfabrikate oder die Zusammensetzung dieser Einzelteile im eigenen Betriebe erfolgt, da dies an sich durch dessen Bedürfnisse bedingt sein mag.

Solche Benutzung der Erfindung in fremden Werkstätten ist nun keineswegs auf das Inland beschränkt, sondern kann auch im Auslande geschehen. Der Vorbenutzer darf dann die dort hergestellten Gegenstände einführen und im Inlande verkaufen.[2]) Solche Auslandserzeugnisse sind ebenso der Patentwirkung entzogen und unterliegen dem freien Gebrauch und Verkehr wie die im Inlande befugterweise auf Grund des Vorbenutzungsrechtes hergestellten.

Aus dem Rechte des Vorbenutzers zur Verbreitung des Gegenstandes seiner Erfindung muß notwendigerweise das Recht seines Abnehmers folgen, auch seinerseits das Erzeugnis gewerbsmäßig zu gebrauchen oder weiter zu veräußern.[3]) Andernfalls würde die Schutz-

1) Isay S. 234 Anm. 19 zu § 5.

2) Ephraim S. 44 bemerkt dazu: Während Erwerbung des Vorbenutzers nur durch im Inlande erfolgte Handlungen geschehen kann, ist die Ausübung des Vorbenutzungsrechtes an keinen Ort gebunden. Der Vorbenutzer kann für seinen Betrieb auch im Auslande die Erfindung ausnutzen und die Produkte z. B. später ins Inland einführen.

3) Vgl. RG. i. Str. Bd. 6 S. 11 ff., dort wird u. a. ausgeführt: § 5 PG. hat bezüglich Herstellung und Anwendung des Verfahrens einen persönlichen, mit dem Besitzer verbundenen Charakter, bezüglich des Gegenstandes der Erfindung aber zugunsten derselben eine derartige sachliche Exemtion von der Patentwirkung, daß für den redlichen Dritten freier Gebrauch, freier Verkehr und freie Verfügungsgewalt uneingeschränkt besteht.

Vgl. ferner RG. in JW. 1902 S. 533 Nr. 12; dort heißt es unter anderem: Endlich folgt aus dem Verbreitungsrecht des Vorbenutzers die Befugnis seines Abnehmers, das von ersterem mittels Ausnutzung der Erfindung gewonnene Erzeugnis seinerseits gewerbsmäßig zu gebrauchen und weiter zu veräußern, da in bezug auf diesen gemäß § 5 des Patentgesetzes rechtmäßig hergestellten Gegenstand das Verbietungsrecht des Patentinhabers ein für allemal versagt.

wirkung des § 5 PG. in vielen, wenn nicht den meisten und wichtigsten Fällen völlig versagen, da der Vorbenutzer seine Erzeugnisse zwar herstellen und feilhalten, der redliche Erwerber aber ohne die Erlaubnis des Patentinhabers sie nicht gebrauchen dürfte. Damit würde aber die gewährleistete Veräußerungsbefugnis sinn- und zwecklos sein.[1])

§ 10.

Art der Fortbenutzung.

Es entsteht jedoch die Frage, ob ein Vorbenutzer ohne weiteres die verschiedenen Formen der Ausübung des Benutzungsrechtes beliebig miteinander vertauschen kann, da das Gesetz einen bestimmten Betrieb voraussetzt und nur für dessen eigene Bedürfnisse die Ausnutzung der Erfindung gestattet. Wie der Umfang der Benutzung, so hängt auch ihre Art von den Bedürfnissen des Betriebes, nicht von der Art der Vorbenutzung ab. An die letztere ist der Vorbenutzer nicht gebunden, sondern innerhalb des Rahmens seines Gewerbes frei ohne Einschränkung. Hat er z. B. den Gegenstand der Erfindung zunächst nur gebraucht, verlangen aber die Bedürfnisse seines Betriebes nach der Patentanmeldung, daß er ihn jetzt auch herstelle, feilhalte oder in Verkehr bringe, so sind auch diese Arten der Benutzung ihm gestattet,[2]) und zwar ist der Betrieb in der jeweiligen, nicht in der zur Zeit der Anmeldung bestehenden Ausdehnung maßgebend;[3]) denn wie sollte anders sich die Benutzung nach dem Betriebe richten können, wenn zur Zeit der Anmeldung ein solcher überhaupt noch nicht bestand, sondern lediglich erst die Veranstaltungen zur Benutzung getroffen waren. Nicht jede Veränderung des Charakters des Betriebes, die diesen Betrieb technisch oder ökonomisch wesentlich umgestaltet, macht den Betrieb im Sinne der hier auszulegenden Gesetzesbestimmung schon zu einem andern. Hier ist der Betrieb nur nach seinen gattungsmäßigen (generellen) Begriffsmerkmalen

1) Lediglich Sack S. 44 nimmt entgegen der allgemein herrschenden Ansicht den Standpunkt ein, daß der Vorbenutzer durch die Veräußerung der befugterweise hergestellten Gegenstände eine Patentverletzung begehe.

2) Vgl. oben § 4.

3) Allfeld S. 41, RG. i. Z. Bd. 26 S. 64, JW. 90 S. 259 Nr. 9, RG. i. JW. 02 S. 533 Nr. 12.

einheitlich gemeint. Es darf also diese Änderung der Benutzungsart nicht zu einer völligen Änderung der Betriebsart führen.[1]) Wollte man dies zugestehen,[2]) so würde das zu dem Ergebnis führen, daß der Vorbenutzer, der innerhalb seiner alten Betriebsart sich der geschützten Erfindung nur in nebensächlichem Maße bedient hätte, später plötzlich seine Betriebart wechseln und dazu übergehen könnte, fernerhin ausschließlich diese bislang nur nebenher benutzte Erfindung gewerbsmäßig herzustellen und in Verkehr zu bringen. Könnte er sich auch dann darauf berufen, daß die Bedürfnisse seines gegenwärtigen Betriebes dies erforderten? Wohl nicht, denn er hätte dann nicht die Vorbenutzung dem Betriebe, sondern umgekehrt den Betrieb der Vorbenutzung angepaßt.[3]) Darf demnach der Landwirt seinen selbst erfundenen Pflug nach dem oben Angeführten sowohl selbst herstellen, wie auch sich anderweitig fertigen lassen, so darf er doch keineswegs nach der Patentanmeldung die Landwirtschaft aufgeben und auf Grund seines Vorbenutzungsrechtes lediglich Pflugfabrikation betreiben. Er darf sie aber daneben als neuen Betriebszweig betreiben, wenn die Bedürfnisse seines vielleicht ausgedehnten landwirtschaftlichen Betriebes dies gerechtfertigt erscheinen lassen und erst im Anschluß hieran auch einen Handel mit Pflügen daraus entwickeln. Nur so erfüllt das Vorbenutzungsrecht vollständig seinen Zweck, nämlich dem Vorbenutzer den bestehenden Besitzstand zu schützen und eine

---

1) Dazu bemerkt Isay (S. 233): Er darf zwar also einen Kleinbetrieb in einen Großbetrieb, nicht aber einen landwirtschaftlichen in einen industriellen, eine chemische in eine Maschinenfabrik, ein reines Handelsgeschäft in einen Heimbetrieb umwandeln. Er gebraucht auch das beliebte Beispiel von der Schneidemühle, dessen Besitzer sich eine erfundene und benutzte Säge zwar für den eigenen Bedarf herstellen, aber keine Sägefabrik einrichten dürfe. Wie liegt der Fall aber, wenn etwa der wachsende Bedarf Massenherstellung erfordert?

2) So Kent S. 564; Kohler, Hdb. S. 483; ferner Seligsohn § 5 S. 158 u. 159, der infolge seiner oben angezogenen Auffassung von den Bedürfnissen des eigenen Betriebes qualitative und quantitative Änderung des Betriebes, sowie den Übergang von privater Vorbenutzung zu gewerblicher Fortbenutzung für zulässig hält. Auch Cantor (S. 620) hält eine Änderung des Betriebes für zulässig, und zwar eine umfängliche Erweiterung vorhandener, wie Aufnahme neuer Betriebszweige an Stelle oder neben den ursprünglichen Betrieben. Er hält die oben erwähnte Errichtung der Sägefabrik durch den Schneidemühlenbesitzer für statthaft.

3) Vgl. Kaiser S. 147 ff.

durch das Patent weder begünstigte noch beeinträchtigte Entwicklung seines zur Zeit der Patentanmeldung bestehenden Unternehmens[1]) zu gewährleisten. Daher darf sich das Maß der Benutzung unbeeinflußt vom Patente[2]) allein aus den Bedürfnissen des Betriebes heraus ergeben und sich in stetem Zusammenhange mit der Entwicklung des Betriebes ihnen anpassen. Infolgedessen muß auch immer die ursprüngliche Gattung der Betriebsart den Kern bilden, um den die Ausgestaltung des Betriebes sich im einzelnen so herumkristallisieren muß, daß die organische Einheit des Betriebes stets gewahrt bleibt. Wird dieser Grundsatz der Einheit aber durchbrochen, indem etwa der Vorbenutzer von seiner alten Betriebsart plötzlich auf eine neue, der Gattung nach gänzlich verschiedene und unter Aufgabe der alten überspringt, so übt er dadurch nicht die ihm zugebilligte Befugnis zur Fortführung des zur Zeit der Patentanmeldung bestehenden Unternehmens aus, sondern beginnt ein neues Unternehmen zur Ausnutzung der einem andern geschützten Erfindung, verletzt mithin dadurch das Patent.

Ein solcher Betriebsartwechsel liegt dann nicht vor, wenn zur Zeit der Anmeldung schon die Absicht auf die neue Tätigkeit gerichtet war und sich in Veranstaltungen dazu kundgab, denn dann hätte diese Betriebsart als zur Zeit der Anmeldung bereits vorhanden zu gelten. Dagegen würde ein Kaufmann, dessen Vorbenutzungsrecht lediglich im Handel mit geschützten Gegenständen besteht, sich einer Patentverletzung schuldig machen, wenn er vor der Anmeldung diese Gegenstände in fremden Werkstätten nur ausbessern ließ und später dazu übergehen wollte, sie dort auch dauernd neu herstellen zu lassen. Denn abgesehen davon, daß das Ausbessern keine Benutzung der Erfindung ist, würde in diesem Falle die notwendige Betriebseinheit fehlen. Der betreffende Kaufmann würde vielmehr, wie Isay es nennt,[3]) seinen kaufmännischen Betrieb in den eines Verlegers von Heimarbeitern umwandeln, und diesen dadurch eine Herstellungslizenz erteilen.

---

1) In RG. i. JW. 1911 S. 410 Nr. 32 wird in diesem Sinne ausgeführt, daß das Recht der Vorbenutzung ein Recht zur Fortbenutzung ist, d. h. zur Fortführung des Unternehmens einer in Benutzung begriffenen Erfindung.

2) Die Stellung des Vorbenutzers soll also etwa die sein, wie sie andere Wettbewerber erst nach dem Freiwerden der Erfindung durch Erlöschen des Patentes einnehmen.

3) Isay § 5 Anm. 9 S. 227.

§ 11.

Beschränkung der freien Übertragbarkeit.

Zweifellos die wichtigste und einschneidendste Einschränkung des Vorbenutzungsrechtes ist in § 5 Abs. 1 Satz 2:

„Diese Befugnis kann nur zusammen mit dem Betriebe vererbt oder veräußert werden."

Unter der Herrschaft des alten Patentgesetzes, in welchem diese Bestimmung fehlte, waren Zweifel aufgetaucht, ob das Vorbenutzungsrecht an der Person oder an dem Betriebe hafte. Daher wurden bei den Beratungen der Novelle verschiedene Anträge eingebracht, die den Zweck hatten, festzustellen, daß das Recht nicht mit der Person, sondern mit dem Betriebe zusammengehe, und diesem Gedanken gab die Kommission [1]) Ausdruck in der jetzigen Fassung des Gesetzes. Durch die Bestimmung des Satzes 2 umfaßt das Gesetz jede Art von Übertragung des Rechtes unter Lebenden und von Todeswegen und verknüpft sie auf das innigste mit dem Betriebe. Gleichwohl ist aber damit das Vorbenutzungsrecht nicht zu einem subjektiv dinglichen Rechte geworden, zu einem Rechte, wie es dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstückes nach § 876 BGB., hier dem jeweiligen Inhaber des Betriebes zusteht. Das Vorbenutzungsrecht ist also kein Realrecht, wenn man den Betrieb auch als eine „res" ansehen wollte, sondern es ist ein der Person des Vorbenutzers zustehendes Vermögensrecht, dessen Übertragbarkeit durch den Vorbenutzer nicht frei, sondern an die Mitübertragung des Betriebes geknüpft ist.[2]) Hierdurch wird eine Vervielfältigung des Vorbenutzungsrechtes verhindert, denn wäre die Übertragung der Vorbenutzungsbefugnis nicht dieser Beschränkung unterworfen, so könnte der Vorbenutzer sie einer unbeschränkten Anzahl anderer Personen übertragen, oder sich auch neben dem Betriebserwerber vorbehalten.[3]) Ein derartiger Vorbehalt ist aber unzulässig, er würde dem Zwecke des Institutes nicht entsprechen und die angestrebte Wirkung der Ausschließlichkeit des Patentes in vielen Fällen aufheben oder doch erheblich beeinträchtigen. Lediglich zum Schutze des Patentes vor diesen Folgen ist also die Beschränkung der Übertragbarkeit des Vor-

---

1) Bericht der 11. Kommission, Drucksachen des Reichstages 90/91 Nr. 322 S. 2310.

2) In ähnlicher Weise ist auch der Übergang der Firma von der Übertragung des Handelsgeschäftes abhängig (§ 23 HGB.).

3) Vgl. Kent S. 567.

benutzungsrechtes vom Gesetzgeber eingeführt, ohne daß dadurch das Wesen des Rechtes sich verändert hätte.

Der Übergang des Betriebes ist im Gegensatze zu der Übertragung des Vorbenutzungsrechtes ein tatsächlicher Vorgang,[1]) der darin besteht, daß der Vorbenutzer die Benutzung der Erfindung vollständig aufgibt, während der Erwerber seinerseits die Benutzung fortsetzt. Es muß daher der Betrieb als organische technische Einheit übertragen werden, in der Weise, daß tatsächlich im wesentlichen die Einheit der bleibenden Bestimmungen gewahrt wird, und nur unter einem neuen Inhaber der alte Betrieb mit dem darin geübten Vorbenutzungsrechte fortgeführt wird.[2])

Unter Betrieb ist an sich dasselbe zu verstehen, wie in Satz 2 des § 5. Es ist indessen nicht erforderlich, daß der Vorbenutzer das ganze Gewerbe, in dem bisher die Erfindung zur Ausführung gelangt ist, auf den Erwerber überträgt, es genügt vielmehr, wenn im Gegensatze zum Unternehmen der Betrieb in denjenigen bestimmten Erzeugnissen oder mit denjenigen bestimmten Einrichtungen oder Verfahrensweisen, die Gegenstand des Vorbenutzungsrechtes und der patentierten Erfindung sind, auf den Erwerber übergeht.[3])

---

1) Vgl. Kent § 5 Anm. 89 S. 568.

2) Nach Seligsohn S. 160 können für die Entscheidung der Frage, ob der Betrieb durch Erbgang oder durch Vertrag auf einen anderen übertragen ist, die Komm. z. HGB. §§ 22, 23, in denen von Veräußerung des Handelsgeschäfts die Rede ist, sowie die Entscheidungen zu diesen Artikeln verwertet werden.

Kent § 5 Anm. 89 S. 568 ist anderer Meinung. Er sagt: Es erscheint nicht gerechtfertigt, hier diejenigen Grundsätze in Anwendung zu bringen, nach welchen in Wissenschaft und Praxis die Frage entschieden wird, ob der Übergang eines kaufmännischen Geschäftsbetriebes im Sinne des Handelsgesetzbuches stattgefunden habe. Die Regel wird sein, daß alle die Benutzung der Erfindung betreffenden Einrichtungen mit übertragen werden. Gleichgültig ist dagegen, ob der Geschäftsbetrieb, insoweit er nicht die Erfindung betrifft, ob die Firma, ob die Fabrik, ob die Werkstätten usw. mitveräußert sind oder nicht.

Ferner sagt Isay S. 232: Da der Betrieb eine organische Einheit ist, die durch den technischen Zweckgedanken zusammengehalten wird, so genügt es nicht zu seiner Übertragung, wenn bloß einzelne Gegenstände (Stanzen, Schnitte), wenn selbst sämtliche Maschinen übertragen werden. Auch Maschinen bilden noch keinen Betrieb. Mindestens ist erforderlich, daß auch ein Teil der Arbeiter, namentlich aber der Betriebsleiter mit übernommen wird, so daß tatsächlich eine völlige Fortsetzung des alten Betriebes vorliegt.

3) Vgl. Kent § 5 Anm. 89 S. 568.

Daß dies genügen muß, ergibt sich aus dem vom Gesetz verfolgten Zwecke; denn einer Vervielfältigung des Vorbenutzungsrechtes ist schon dann vorgebeugt, wenn allein ein Übergang desjenigen Betriebes, in welchem die Erfindung ausgeübt wird, stattfindet. Das Vorbenutzungsrecht ist ein Recht, das stets nur einem einzelnen Rechtssubjekte, sei es nun einer oder mehreren zu einer Einheit verbundenen, oder einer juristischen Person zustehen kann und keine Verdoppelung verträgt. Es haftet am Betriebe und am gleichen Rechtssubjekte. Das Vorbenutzungsrecht kann also von seinem ursprünglichen Träger immer nur dergestalt auf ein anderes Rechtssubjekt übergehen, daß dieses andere Rechtssubjekt nunmehr der einzige Träger dieses Vorbenutzungsrechtes ist.[1])

§ 12.

Veräußerung von Teilbetrieben.

Die Gebundenheit an den Betrieb würde an sich diese Frage noch nicht erledigt haben, da die Möglichkeit der Abveräußerung eines Teilbetriebes immer noch offen geblieben wäre.

Würde das Gesetz nur den Übergang *eines* Betriebes erfordern, so wäre es dem Vorbenutzer noch unbenommen, sein Benutzungsrecht auch mit Teilbetrieben zu veräußern, die er vielleicht eigens zu diesem Zwecke mit dem Kapital der späteren Erwerber erst schaffen und mit der Befugnis zur Vorbenutzung ausstatten könnte. Damit wäre ihm dann eine Möglichkeit gegeben, trotz der Verknüpfung von Betrieb und Recht, das letztere zu vervielfältigen und auf diesem Wege gleichwohl Lizenzen zu erteilen, also tatsächlich das zu erreichen, was ihm rechtlich nicht gestattet ist. Daher ist es erforderlich, wenn der Zweck des Gesetzes erreicht werden soll, daß der Betrieb, soweit er den Gegenstand der Erfindung betrifft, vollständig auf den Erwerber übergeht.[2]) Will also der Vorbenutzer einen mit dem Rechte zulässigerweise verbundenen Teilbetrieb abveräußern, so muß er entweder seinerseits der Fortbenutzungsbefugnis seiner Erfindung für den Rest seines Unternehmens selbst entsagen, oder aber, will er das Recht für diesen sich zurückbehalten, den

1) A. A. Kent S. 566, der den Übergang auf mehrere Personen für zulässig erachtet, wenn mehrere Betriebe bestehen.

2) Vgl. Kent § 5 Anm. 89 S. 568.

Teilbetrieb ohne das Recht abtreten.[1]) Eine Teilung des Vorbenutzungsrechtes zu ideellen Anteilen ist mithin völlig ausgeschlossen, denkbar wäre nur eine Realteilung, nämlich dann, wenn eine solche reale Teilung der geschützten Erfindung selbst möglich ist.[2]) In diesem Falle könnte auch eine getrennte Übertragung der geteilten Berechtigung erfolgen, weil dann die unabhängig nebeneinander bestehenden Rechte mit dem zugehörigen Betriebe je einem einzelnen zuständen.

§ 13.

Pfandrecht am Vorbenutzungsrecht und andere Übertragungsmöglichkeiten.

Da, wie oben gezeigt ist, eine Entstehung des Vorbenutzungsrechtes ohne einen gewerblichen eigenen Betrieb nicht möglich ist, so muß auch eine Übertragung ausgeschlossen sein, wenn ein solcher Betrieb[3]) nicht vorliegt.

Es ist daher Seligsohn[4]) nicht beizupflichten, der in einzelnen Fällen sowohl die Entstehung wie die Übertragung des Vorbenutzungs-

1) A. A. Osterrieth S. 107, der eine Mitübertragung des Rechtes mit dem Teilbetriebe und gleichzeitige Zurückhaltung nur dann als unstatthaft ansieht, wenn die Bedürfnisse des Betriebes dies nicht erfordern.

2) Ephraim S. 44 führt als Beispiel an, daß sich das Vorbenutzungsrecht auf ein Verfahren und eine Maschine zu dessen Ausführung bezieht. Dann könne das Vorbenutzungsrecht auf Herstellung und Vertrieb der Maschine ohne das Vorbenutzungsrecht zur Anwendung des Verfahrens übertragen werden, die Maschine infolgedessen aber auch nur zu anderen Zwecken benutzt werden. Darin liegen jedoch eigentlich zwei verschiedene, wenn auch miteinander zusammenhängende Vorbenutzungsrechte, das eine für das Verfahren, das andere für die Maschine. In der Übertragung des letzteren mit dem ersteren würde also im obigen Falle eine zulässige Lizenz für das Verfahren liegen, wenn der Vorbenutzer seinerseits dessen Benutzungsrecht für sich selbst behält. Eine bloß gewerbliche Trennung des Vorbenutzungsrechtes, ohne daß die von diesem umfaßte Erfindung ihrem Inhalte nach geteilt werden könnte, hält auch Ephraim für unstatthafte Lizenzerteilung.

3) Unter den Begriff „Betrieb" fallen notwendigerweise hier bei nicht vollständig ausgestaltetem Betrieb auch jene Veranstaltungen, die dem Vorbenutzer die Fortbenutzungsbefugnis sichern. Vgl. oben § 5, gl. M. Allfeld § 5 Anm. 10, Kent § 5 Anm. 92.

4) Seligsohn S. 159. Auch Cantor S. 620 ff. hält den Übergang des Vorbenutzungsrechtes allein für zulässig, wenn der Vorbenutzer keinen gewerblichen Betrieb hat. Infolgedessen hält er es sogar für möglich und statt-

rechtes ohne Betrieb für zulässig erklärt und damit auch die Möglichkeit anerkennt, das Recht allein ohne den Betrieb zu verpfänden. Eine Bestellung von Pfandrechten ist gemäß §§ 400, 1273 BGB. und § 851 ZPO. nur möglich, soweit eine Übertragungsmöglichkeit vorliegt, also nur mit dem Betriebe. Von der Pfändung und Verpfändung des Vorbenutzungsrechtes zu scheiden ist jedoch die Pfandbestellung an dessen Erträgnissen. Die Zwangsvollstreckung in das Vorbenutzungsrecht selbst kann nur in der Art erfolgen, daß der Betrieb selbst der Zwangsvollstreckung durch Pfändung und Versteigerung ebenfalls mit unterworfen sind.

Beim Konkurs fällt das Vorbenutzungsrecht zusammen mit dem Betriebe in die Konkursmasse und unterliegt mit ihm der Verfügung des Konkursverwalters.

Bei der Universalsukzession geht das Vorbenutzungsrecht gleichfalls nur mit dem Betriebe über. Im Falle einer Erbteilung kann es einem oder mehreren Erben nur zusammen mit dem Betriebe überwiesen werden.

Die Einbringung des Vorbenutzungsrechtes in eine Gesellschaft ist ebenfalls nur mit dem Betriebe zulässig.

Der Vorbenutzer, der über sein Recht ohne den Betrieb nicht verfügen kann, kann infolgedessen auch keine Lizenzen erteilen.[1]) Damit ist aber auch eine nur obligatorische Überlassung des Vorbenutzungsrechtes ausgeschlossen.[2]) Auch das bloße Gebrauchs- und Fruchtziehungsrecht kann gesondert und ohne den Betrieb z. B. durch Pacht oder Leihe

haft, daß der Vorbenutzer den Betrieb an A. veräußert, das Vorbenutzungsrecht sich aber vorbehält und dann, da er nun keinen Betrieb mehr hat, es an B. überträgt. Eine Schädigung des Patentinhabers sei hierin nicht zu erblicken, denn nach wie vor bliebe ein Ausbeutungsberechtigter. Es könne natürlich auch das Vorbenutzungsrecht nachträglich an den Betriebserwerber A. statt B. übertragen werden. Diese Ansicht Cantors ist aber abzulehnen, da sie nicht nur den Gesetzesumgehungen Tür und Tor öffnen würde, sondern auch dem Grundsatz des Besitzstandschutzes widerspricht.

1) Nach Cantors Meinung (620) ist nur eine Ausnahme zulässig, nämlich dann, wenn der Betrieb des Vorbenutzers schon vor der Patentanmeldung gerade darin bestand, seine Geheimerfindung gewerbsmäßig durch die Lizenzerteilung unter Auferlegung von Geheimhaltungspflicht auszunutzen, dann darf der Vorbenutzer nach seiner Ansicht diesen Betrieb auch nach der Schutzerteilung fortsetzen, denn dann seien bei dieser Fortsetzung des Betriebes alle Gesetzesvoraussetzungen erfüllt.

2) Vgl. Isay S. 235, Cantor S. 622.

vom Vorbenutzer dem Rechte nach nicht auf einen andern übertragen werden, weil eine Trennung dieser Gebrauchs- und Fruchtziehungsrechte von dem Betriebe eben grundsätzlich unzulässig ist.

§ 14.

Stillschweigende Mitübertragung des Rechtes.

Zum rechtsgültigen Übergange des Vorbenutzungsrechtes bedarf es weder eines schriftlichen noch mündlichen ausdrücklichen Vertrages. Es ist völlig hinreichend, wenn er in formeller Weise mündlich vereinbart wird oder auch nur stillschweigend erfolgt, falls der Betrieb ohne Vorbehalt veräußert wird.

Notwendigerweise folgen muß jedoch das Vorbenutzungsrecht nicht, denn wenn auch dem Vorbenutzer keine Verfügung über das Recht ohne den Betrieb mit Rücksicht auf das Patent gestattet ist, so folgt daraus doch keinesfalls umgekehrt das Verbot, den Betrieb ohne das Recht zu veräußern. Es steht vielmehr in seinem freien Ermessen, ob er das Recht mit übertragen will oder nicht.[1]) Die Doppelbindung des Vorbenutzungsrechtes an Person und Betrieb läßt es jedoch gerechtfertigt erscheinen, daß, wenn das Rechtssubjekt den Betrieb veräußert, ohne des Vorbenutzungsrechtes ausdrücklich zu gedenken, dieses im Zweifel als mitveräußert zu gelten hat,[2]) da es den wirtschaftlichen Zwecken des Betriebes in ähnlicher Weise zu dienen bestimmt ist, wie der Hauptsache die als Zubehör geltende Nebensache, und nicht zu vermuten ist, daß das Rechtssubjekt durch die Nichtveräußerung den Betrieb um das Vorbenutzungsrecht entwerten würde, ohne sich andererseits diesen Wert in irgendeiner rechtlichen oder tatsächlichen Form nutzbar machen zu können. Denn bei einer solchen Veräußerung des Betriebes ohne das Recht wird dieses gegenstandslos[3]) für den bisherigen Vorbenutzer, da

1) Damme (S. 359) sagt: Die Kenntnis der Erfindung ist kein Verkehrsobjekt in der Hand des konkurrierenden Betriebsinhabers, allerdings aber auch kein unselbständiges Zubehör seines Betriebes. Denn der Inhaber kann den Betrieb veräußern, die Benutzung aber für sich zurückbehalten.

Dies ist auch die herrschende Meinung.

2) Vgl. Cantor S. 621, Isay S. 235, Allfeld S. 41, Kent S. 567.

3) Schanze S. 274, Adler in Grünhut XXVII S. 579, Zoll in Grünhut XXI S. 563, sowie Isay S. 236 nehmen deshalb in diesem Falle ein Erlöschen des Vorbenutzungsrechtes an.

es ohne einen gewerblichen Betrieb nicht ausgeübt werden darf. Handelt es sich nur um einen teilweisen Übergang des Unternehmens, ohne daß Vereinbarungen über die Benutzungsbefugnis getroffen sind, so ist der Wille der Parteien mit Rücksicht auf den Wert des Vorbenutzungsrechtes gegenüber den einzelnen Betrieben zu erforschen, da das Vorbenutzungsrecht nach dem oben bereits Ausgeführten nur einem einzigen Träger zustehen kann.

§ 15.

Erlöschen des Vorbenutzungsrechts.

Da das Vorbenutzungsrecht nicht das Recht eines älteren Erfinders, der früher einmal die Erfindung benutzt hatte, sondern ein Recht zur Fortführung des Unternehmens ist,[1]) so ergibt sich hieraus ohne weiteres, daß der Schutz des Rechtes einem vom ehemaligen Vorbenutzer nach der Veräußerung des alten schutzberechtigten Betriebes später neubegründeten Betriebe nicht zusteht,[2]) auch wenn der Vorbenutzer das Recht nicht mitübertragen, sondern sich vorbehalten hatte. Obwohl also der Vorbenutzer ohne seinen alten schutzberechtigten Betrieb die Benutzungsbefugnis nicht verwerten kann, so erlischt[3]) sie dennoch nicht etwa, sondern ruht, wenn der Vorbenutzer den Betrieb ohne das Recht veräußert; denn der Nichtgebrauch des einmal vor der Patentanmeldung rechtsgültig begründeten und erworbenen Rechtes ist ohne Einfluß auf dessen Bestand.[4]) Falls der ehemalige Vorbenutzer seinen alten Betrieb, mit dem die Befugnis verbunden war, zurückerwirbt, so lebt diese in vollem Umfange wieder auf. Ein Erlöschen des Vorbenutzungsrechtes tritt, abgesehen von dem Falle des Erlöschens des Patentes, in dem für

1) Vgl. RG. Bd. 52 S. 91, Bd. 75 S. 317 ff.; JW. 1911 S. 410 Nr. 32.

2) A. A. Cantor S. 621. Ebenso Kent S. 565. Dieser bemerkt: Der Vorbenutzer hat auch nach Aufgabe des ursprünglichen Betriebes, in welchem er die Erfindung vor der Anmeldung benutzt hatte, die Benutzung in einem neu errichteten Betriebe fortzusetzen. Gleichgültig ist es, ob zwischen der Aufgabe des früheren und der Begründung des neuen Betriebes ein größerer oder geringerer Zeitraum liegt.

3) Isay S. 236, Schanze S. 274 u. a. nehmen dies Erlöschen an, Kohler, Hdb. 483, Seligsohn § 5 Anm. 10, Kent S. 567 und Ephraim S. 444, sowie Cantor S. 621 verneinen es.

4) Kohler S. 483, ferner Kent S. 564.

jedermann die freie gewerbliche Benutzung zugänglich wird, nur dann ein, wenn der Betrieb, mit dem es verbunden ist, eingestellt wird.[1]) Ferner kann der Vorbenutzer sein Recht durch Verzicht zum Erlöschen bringen. Einen solchen einseitig gültigen Verzichtswillen kann man unter Umständen auch aus einem hinreichend lange dauernden Nichtgebrauche schließen. Falls daher ein Erbe das Vorbenutzungsrecht wieder geltend machen will, kann ihm ein solcher Nichtgebrauch als schlüssig zum Ausdrucke gebrachter Verzicht mit Fug entgegengehalten werden.

1) Dunkhase S. 77. Das Vorbenutzungsrecht erlischt nicht dadurch, daß es nach der Patenterteilung nicht ausgeübt wird, es erlischt nur, wenn der Betrieb, mit dem es verbunden ist, aufhört.

Lebenslauf.

Am 6. September 1888 bin ich auf dem Klostergute Bursfelde (Weser) geboren als ältester Sohn des Königlichen Oberamtmanns Heinrich Görg und seiner Ehefrau Marie geb. Cleve. Ich bin evangelischen Bekenntnisses. Nachdem ich Ostern 1908 das Herzoglich braunschweigische Gymnasium mit dem Reifezeugnis verlassen, studierte ich im folgenden Sommersemester in Halle die Rechte und Landwirtschaft, vom Wintersemester 1909 an die Rechte und bestand am 21. Juni 1913 das Referendarexamen. Darauf war ich im Vorbereitungsdienst am Amtsgericht Freyburg (Unstrut) und am Landgericht Naumburg tätig.

Von August 1914 bis Frühjahr 1915 nahm ich als Offizier am Feldzuge teil, bis mich ein schwerer Typhus in den Karpathen niederwarf. Während der Erholungszeit ist diese Arbeit entstanden.